

J. rom. m.

243.2

J. rom. m.

Harburger

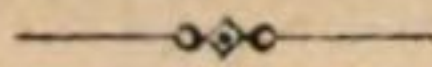
243 ^u
=

<36633682660013

<36633682660013

Bayer. Staatsbibliothek

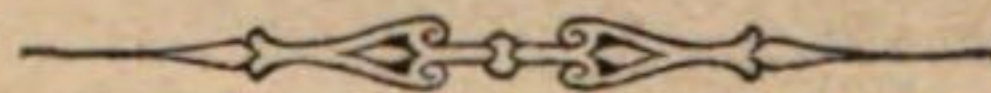
Die
remuneratorische Schenkung.



Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. iur. **Heinrich Harburger.**



Nördlingen.

Druck und Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung.

1875.



Vorwort.

Obwohl früher sehr häufig Gegenstand von Abhandlungen hat die remuneratorische Schenkung seit längerer Zeit keine Bearbeitung mehr gefunden; es ist dies umsomehr zu verwundern, als die bis vor Kurzem jüngste Schrift über dieses Thema (von Mahir, 1828) sich durchaus keiner günstigen Aufnahme Seitens der Kritik zu erfreuen hatte (vergl. die in § 7 Not. 4 angeführte Recension), so dass man bis jetzt auf die bereits 1798 erschienene Abhandlung Schildener's*) als die neueste brauchbare einschlägige Monographie verwiesen war. Seit jener Zeit aber wurden (1824) die vaticanischen Fragmente edirt, welche gerade für die Lehre von der Schenkung von grosser Bedeutung waren und desshalb auch die nochmalige Vornahme unserer Frage wünschenswerth erscheinen liessen.

Kurz vor Vollendung vorliegender Schrift erschien zwar eine Inauguraldissertation über dasselbe Thema (von Liebmann, 1875); allein dieselbe beschränkt sich auf die Besprechung der rechtlichen Natur der rem. Schenkung im Allgemeinen und behandelt die weiteren sich daran knüpfenden

*) Nach vielfachen vergeblichen Recherchen erhielt ich diese Schrift aus der Leipziger Universitätsbibliothek, und zwar durch die gütige Vermittlung des nunmehrigen k. Oberbibliothekars Dr. Laubmann zu Würzburg, dem ich für diese sowie anderweitige Unterstützung in Beschaffung literarischer Hilfsmittel an dieser Stelle den gebührenden Dank ausspreche.

Fragen nur in höchst summarischer Weise; ausserdem erfüllt dieselbe auch bezüglich des literarhistorischen Theils keineswegs die meinen Intentionen entsprechenden Anforderungen. Wegen der häufigen Besprechung nämlich, welche unser Thema bereits an den verschiedensten Stellen, in besonderen Monographien, sowie in allen namhaften Compendien des römischen Rechts, erfahren hat, erschien es mir als eine der wichtigsten Aufgaben, einen möglichst vollständigen Ueberblick über die Entwicklung und den gegenwärtigen Stand unserer Lehre sowie der sonstigen einschlägigen Fragen zu geben, ein Streben, das mich naturgemäss dazu führte, an verschiedenen Stellen mit Citaten etwas freigebiger zu sein, als es vielleicht Manchem nothwendig und vortheilhaft erscheinen möchte.

Ob es mir zugleich in der Sache selbst gelungen ist, neue und brauchbare Gesichtspunkte zu eröffnen, muss ich dem Urtheile wohlwollender Leser zu entscheiden überlassen, die, wie ich hoffe, an ein Erstlingswerk nicht einen zu strengen Massstab anlegen werden.

München, im Juni 1875.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichniss.

I. Rechtliche Natur im Allgemeinen.

	Seite
§ 1. 1) Dogmengeschichtlicher Ueberblick	1
§ 2. 2) Besprechung der wichtigsten hieher gehörigen Stellen des corpus iuris	6
§ 3. 3) Die sog. obligatio antidotalis oder naturalis obligatio ad remunerandum	38
§ 4. 4) Rechtliche Natur und Voraussetzungen der remuneratorischen Schenkung	51

II. Einzelne rechtliche Seiten.

§ 5. 1) Bedingungen für das gültige Zustandekommen einer remuneratorischen Schenkung	67
§ 6. 2) Haftung des Schenkers	90
3) Spätere Anfechtbarkeit der remuneratorischen Schenkung.	
§ 7. a) Durch den Schenker selbst	96
§ 8. b) Durch Dritte	105
Anhang: Die neueren Gesetzgebungen und die Praxis	112

Inhalt

I. Einleitung

1. Die Bedeutung der Arbeit

2. Die Aufgaben der Arbeit

II. Die Grundlagen der Arbeit

1. Die Natur der Arbeit

2. Die Geschichte der Arbeit

3. Die Bedeutung der Arbeit

4. Die Aufgaben der Arbeit

5. Die Bedeutung der Arbeit

6. Die Aufgaben der Arbeit

7. Die Bedeutung der Arbeit

8. Die Aufgaben der Arbeit

9. Die Bedeutung der Arbeit

10. Die Aufgaben der Arbeit

11. Die Bedeutung der Arbeit

12. Die Aufgaben der Arbeit

13. Die Bedeutung der Arbeit

14. Die Aufgaben der Arbeit

15. Die Bedeutung der Arbeit

16. Die Aufgaben der Arbeit

17. Die Bedeutung der Arbeit

18. Die Aufgaben der Arbeit

19. Die Bedeutung der Arbeit

20. Die Aufgaben der Arbeit

21. Die Bedeutung der Arbeit

22. Die Aufgaben der Arbeit

23. Die Bedeutung der Arbeit

24. Die Aufgaben der Arbeit

25. Die Bedeutung der Arbeit

26. Die Aufgaben der Arbeit

27. Die Bedeutung der Arbeit

28. Die Aufgaben der Arbeit

I.

Rechtliche Natur im Allgemeinen.

§ 1.

1) Dogmengeschichtlicher Ueberblick.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der vergeltenden oder sog. remuneratorischen Schenkung bildet eine der ältesten Controversen der romanistischen Jurisprudenz; bis in die neueste Zeit stehen sich zwei Ansichten über dieselbe diametral gegenüber. Die Einen sagen, dieselbe sei eine reine Schenkung und demgemäss allen für eine solche geltenden Regeln und Beschränkungen unterworfen; Andere dagegen behaupten, sie nähere sich in hohem Grade den onerosen Geschäften und sei deshalb weniger nach den Schenkungsregeln als nach den Grundsätzen über onerose Leistungen zu beurtheilen.

Während die *Glossa ordinaria* ad l. 25. § 11. D. de her. pet. 5,3 und ad l. 82. D. de reg. iur. 50,17 die erstere Ansicht vertritt, beginnt schon mit Bartolus ad l. 27. D. de donat. 39,5 die Reihe der Gegner derselben; ihm folgt Andr. Tiraquellus¹⁾ und führt unter Berufung auf den Commentator Jason (in l. hoc iure D. de iust. et iure 1,2 Nr. 52 fg.) 34 Verschiedenheiten der remuneratorischen Schenkung gegenüber der gewöhnlichen auf, während Jason sich auf 19 be-

¹⁾ commentarii in l. si unquam C. de revoc. donat. 8, 56, Lugduni 1546, ad voc. „donatione largitus“ Nr. 11 fg. (S. 275 fg.).

schränkt hatte²⁾. Trotz der von Arius Pinellus³⁾ versuchten warmen Vertheidigung der Ansicht der Glosse schlossen sich doch fast sämtliche Schriftsteller der nächstfolgenden Zeit der Meinung des Bartolus und Tiraquellus an. Von den vorzüglichsten der hierher gehörigen Autoren seien genannt Cuia-cius⁴⁾, Jacobus Gothofredus⁵⁾, Andreas Gaill⁶⁾, Henr. Zoesius⁷⁾, Bened. Carpzov⁸⁾, Joa. Garsias a Saabedra⁹⁾, W. A. Lauterbach¹⁰⁾, G. U. Rümelin¹¹⁾, Samuel Stryk¹²⁾, Joa. Voet¹³⁾, Just. Hen. Böhmer¹⁴⁾ und Franc. Joh. Singlemann (praeside Henr. Musaeo)¹⁵⁾.

²⁾ Eine später noch anzuführende Abhandlung von Ign. Frembgen erhöht die Zahl der bedeutenderen („potiores“) Verschiedenheiten sogar auf 50.

³⁾ commentaria ad constitutiones Cod. de bonis maternis 6, 2, Francofurti ad Moenum 1573, ad l. 1 h. t. part. III Nr. 60 fg. (S. 366 fg.).

⁴⁾ observationum et emendationum libri XXVIII, l. 27. c. 40.

⁵⁾ tractatus novus et practicus de salario, Genevae 1666, c. 1. § 12.

⁶⁾ practicarum observationum tam ad processum iudiciarium . . . quam causarum decisiones pertinentium libri II, Coloniae Agrippinae 1721, l. 2. obs. 38. § 5 und obs. 40. § 7,

⁷⁾ commentarius ad Dig. libros L, edid. M. Naurath, Coloniae Agrippinae 1736; lib. 24. tit. 1. Nr. 16; l. 39. tit. 5. Nr. 19 u. 95, während er sich in Nr. 4 eod. der entgegengesetzten Ansicht nähert.

⁸⁾ iurisprud. forensis Romano-Saxonica, Lipsiae 1668, p. II. constit. 12. def. 35. Nr. 6 und const. 34. def. 24.

⁹⁾ tractatus de donatione remuneratoria, Amstelaedami 1646.

¹⁰⁾ collegium theoretico-practicum pandectarum, edit. nov. Tubingae 1743, ad Dig. lib. 21. tit. 2, § 17 u. l. 39. tit. 5. § 17.

¹¹⁾ de donatione remuneratoria atque obligatione antidorali, Argentorati 1673.

¹²⁾ dissertationes iuridicae, Lipsiae 1723; vol. IV. disp. 8: disputatio de benemeritis (1681) c. 4. § 1 fg.

¹³⁾ commentarius ad pandectas, edit. VI, Hagae-Comitum 1734, lib. 39. tit. 5. — Dieser Schriftsteller spricht sich zwar in Nr. 3 l. c. zu Gunsten der entgegengesetzten Theorie aus, weicht aber in seiner folgenden Darstellung so oft von seinem Princip ab, dass wir ihn getrost hierher stellen dürfen.

¹⁴⁾ introductio in ius Digestorum, edit. III, Halae Magdeburgicae 1723, lib. 39. tit. 5. § 16.

¹⁵⁾ de revocatione donationis ob praestitam contra donatorem advocatiam, Kiloni 1702. § 26.

Samuel de Cocceji¹⁶⁾ ist unseres Wissens der erste, der wieder in die Fussstapfen des Pinellus tritt: wohl haben nach ihm noch manche Autoren, z. B. Augustin Leyser¹⁷⁾, Jo. Aug. Hellfeld¹⁸⁾, Jac. Frid. Ludovici¹⁹⁾, Ignat. Frembgen (praes. Christian Ferd. Harpprecht²⁰⁾, Jo. Godofr. Bauer²¹⁾, Car. Christ. Hofacker²²⁾, ferner die Gebrüder Overbeck²³⁾, A. F. J. Thibaut²⁴⁾, G. Ph. von Bülow²⁵⁾, C. F. Curtius²⁶⁾ und neuestens J. Baron²⁷⁾, die Lehre des Tiraquellus vertheidigt; allein die Zahl der Anhänger derselben nahm in neuerer Zeit progressiv ab. Seit Cocceji ist die herrschende Meinung wieder zur Ansicht der Glosse zurückgekehrt; so besonders Frid. Andr. Oldenbruch (praeside Joan. Wunderlich)²⁸⁾, L. J. F.

¹⁶⁾ ius civile controversum, edit. VI. Lipsiae 1766, lib. 21. tit. 2. quaest. 6.

¹⁷⁾ meditationes ad pandectas, edit. III, Lipsiae et Guelpherbiti 1744 spec. 434 u. 436 (vol. V u. VI); von diesem Schriftsteller ist dasselbe zu sagen, wie von Voet; vergl. spec. 434 med. 10 mit spec. 436 med. 1, 5, 6.

¹⁸⁾ iurisprudentia forensis, edit. II, Jenae 1766, ad lib. 39. tit. 5 (§ 1706).

¹⁹⁾ usus practicus distinctionum iuridicarum, edid. J. G. Schlitt, Halae Magdeburgicae 1746, lib. 39. tit. 5. dist. I.

²⁰⁾ positiones . . . sistentes semicenturiam potiorum differentiarum donationis simplicis et remuneratoriae, Tubingae 1754.

²¹⁾ opusculorum academicorum tomi II, edid. H. G. Bauer, Lipsiae 1787, tom. I. c. 22.

²²⁾ principia iuris civilis Romano-Germanici, Tubingae 1788–1798, § 1006.

²³⁾ Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien von zweyen Rechtsgelehrten, Braunschweig und Hildesheim 1780–1790, 106. Medit.

²⁴⁾ civilistische Abhandlungen, Heidelberg 1814, Nr. 4 (S. 64) u. System des Pandektenrechts, 9. Aufl., herausg. von Buchholz, Jena 1846, § 499.

²⁵⁾ Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts, Braunschweig 1817 u. 1818, Bd. II, Nr. 9, § 5, 6 u. 7.

²⁶⁾ Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts, 3. Aufl., Leipzig 1851, § 1342 (Bd. III, 2 S. 303 fg.).

²⁷⁾ Pandekten, Leipzig 1871, § 70 u. 230.

²⁸⁾ de evictione in donatione remuneratoria non praestanda. Jenae 1754, § 7 u. 8.

Höpfner²⁹⁾, Carol. Schildener³⁰⁾, C. F. Glück³¹⁾ und hieran anschliessend fast alle neueren Schriftsteller, wie Puchta³²⁾, F. L. von Keller³³⁾, von Savigny³⁴⁾, Dollmann³⁵⁾, Rud. Frhr. von Holzschuher³⁶⁾, C. F. F. Sintenis³⁷⁾, C. F. Koch³⁸⁾, Heimbach³⁹⁾, J. A. Gruchot⁴⁰⁾, Windscheid⁴¹⁾ und die neueste Schrift über unser Thema von Jac. Liebmann:⁴²⁾

Zwischen den beiden bisher geschilderten Extremen bewegen sich mehrere Mittelmeinungen: so will eine Anzahl von Autoren im Allgemeinen bei der remuneratorischen Schenkung die gewöhnlichen Schenkungsregeln und -Beschränkungen Platz greifen lassen, jedoch in der einen oder andern Beziehung Ausnahmen statuiren. Am weitesten geht hierin Jos. Fern. de Retes⁴³⁾,

²⁹⁾ theoretisch-praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 8. Aufl., herausg. von A. D. Weber, Frankfurt a/M, 1833, § 409 Anm.*

³⁰⁾ de differentiis inter donationem simplicem et remuneratorem spuriis, Jenae 1798.

³¹⁾ Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. XX, S. 241.

³²⁾ Pandekten § 71, Vorlesungen § 71 (herausg. von A. Rudorff, Berlin 1850, resp. 1849).

³³⁾ Pandekten. Vorlesungen herausg. von Emil Friedberg, Leipzig 1861, § 71.

³⁴⁾ System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840—1849, Bd. IV. S. 88 fg.

³⁵⁾ Blätter f. Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, Bd. VII S. 327 u. 328.

³⁶⁾ Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Aufl., Leipzig 1856—1858, Bd. III S. 402 fg.

³⁷⁾ das praktische gemeine Civilrecht, Leipzig 1844—1851, § 23 (I. S. 205 fg.)

³⁸⁾ das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preussischem Rechte, Berlin 1858 u. 1859, § 237 (Bd. III S. 213 fg.).

³⁹⁾ in Weiske's Rechtslexicon, Bd. IX S. 652 fg.

⁴⁰⁾ „Ueber belohnende Schenkung“ in seinen „Beiträgen zur Erläuterung des Preussischen Rechts durch Theorie und Praxis“, VII. Jahrg. (1863), S. 159—174.

⁴¹⁾ Lehrbuch des Pandektenrechts (Bd. II), § 368.

⁴²⁾ de natura donationis remuneratoriae, Berolini 1875.

⁴³⁾ academica relectio de donationibus cap. 3. in Meermann's thesaurus iuris tom. VI.

während Hubert. Giphanius⁴⁴⁾, Frid. Es. Pufendorf⁴⁵⁾, C. F. Mühlenbruch⁴⁶⁾, J. A. Seuffert⁴⁷⁾, Marezoll⁴⁸⁾, J. F. L. Göschen⁴⁹⁾, Vangerow⁵⁰⁾, Arndts⁵¹⁾ und Brinz⁵²⁾ sich auf einzelne Abweichungen beschränken.

Andere hinwiederum, so z. B. Joan. Brunnemann⁵³⁾, Ant. Schulting⁵⁴⁾, Henr. de Cocceji⁵⁵⁾ und unter den Neueren in gewissem Sinne auch W. L. von Meyerfeld⁵⁶⁾ und F. A. Schilling⁵⁷⁾, unterscheiden zwischen den verschiedenen,

⁴⁴⁾ *lecturae Altorphinae*, Francofurti 1605. — Dieser Schriftsteller erklärt sich zwar ad l. 18. D. de donat 39,5, Nr. 50 und ad l. 19. eod. Nr. 6 für die von Tiraquellus vertretene Ansicht, stellt sich aber bei Besprechung der einzelnen Streitfragen regelmässig (mit Ausnahme der Controverse über die Revocabilität der rem. Sch.) auf die Seite der Gegner derselben, sodass er besser hier aufgeführt wird.

⁴⁵⁾ *observationes iuris universi*, IV tomi, 1744—1770, I obs. 18, II obs. 5. § 8 u. 10.

⁴⁶⁾ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 4. Aufl., herausg. von O. C. von Madai, Halle 1844, § 443.

⁴⁷⁾ *praktisches Pandektenrecht*, 4. Aufl. herausg. von E. A. Seuffert, Würzburg 1860—1872, § 362 u. § 588.

⁴⁸⁾ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.* Bd. I. S. 30 fg.

⁴⁹⁾ *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, herausg. von A. Erxleben, Göttingen 1839, § 542.

⁵⁰⁾ *Lehrbuch der Pandekten*, 7. Aufl., Marburg u. Leipzig 1863—1869, § 125. Anm.

⁵¹⁾ *Lehrb. der Pandekten*, 7. Aufl., Stuttgart 1872, § 83 vgl. mit dem Artikel, „Einwerfung“ in Weiske's *Rechtslexicon* Bd. III. S. 842.

⁵²⁾ *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen 1857—1872, § 350 (S. 1545) u. § 171 (S. 725).

⁵³⁾ *commentarius in L libros pandectarum*, edit. V., edid. Sam. Stryk, Wittebergae et Berolini 1701, ad l. 1. pr. D. de donat 39, 5.

⁵⁴⁾ *commendationes academicae*, edid. J. L. Uhl, Halae Magdeburgicae 1770, dissert. I.: de naturali obligatione c. 11.

⁵⁵⁾ *exercitationum curiosarum* vol. II., Lemgoviae 1722, disput. 43.: de antidoris.

⁵⁶⁾ *die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht*, Marburg 1835—1837, § 19.

⁵⁷⁾ *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, Leipzig 1834—1846, Bd. III S. 807, 816 fg., 944.

besonders Seitens der Anhänger der Lehrmeinung von Tiraquellus, unter die remuneratorische Schenkung subsumirten Fällen und wollen je nach der verschiedenen rechtlichen Natur derselben auch verschiedene Grundsätze zur Anwendung gebracht wissen.

Einen eigenen, und man darf vielleicht auch sagen eigenthümlichen Standpunkt endlich nehmen A. Schweppe⁵⁸⁾, J. N. von Wening-Iugenheim⁵⁹⁾ und Ed. Mahir⁶⁰⁾ ein, welche die remuneratorische Schenkung allen Beschränkungen der gewöhnlichen unterwerfen, jedoch gegen die Rückforderung einer unter Verstoss gegen diese Beschränkungen gemachten Schenkung auf Grund einer, auch von Tiraquellus und seinen Anhängern angenommenen, *naturalis obligatio ad remunerandum* (siehe hierüber § 3) eine *exceptio* gewähren. Dabei unterscheiden sich diese Autoren aber wieder darin von einander, dass der erstere lediglich „die einmal gemachte remuneratorische Schenkung so wie jede simple gelten“ lässt, während nach dem letzteren die *donatio remuneratoria*, wenn sie blos versprochen und noch nicht erfüllt ist, „bis zur Erfüllung als *donatio simplex* erscheint und eine Klage nicht zulässt.“ (S. hierüber § 5 a. E.)

§ 2.

2) Besprechung der wichtigsten hieher gehörigen Stellen des *corpus iuris*.

Die Theorie, dass die remuneratorische Schenkung nicht nach den für gewöhnliche Schenkungen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen sei, stützt sich auf einige Quellenstellen und die behauptete Existenz einer *naturalis obligatio ad remunerandum*. Die einschlägigen Stellen sind:

⁵⁸⁾ das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4. Aufl., fortgesetzt von W. Mejer, Göttingen 1828–1833, § 503.

⁵⁹⁾ Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl., München 1827, § 283.

⁶⁰⁾ über die Natur und Wesenheit der *donatio remuneratoria*, München 1828.

I. l. 27. D. donat. 39,5 (Papinianus libro XXIX. Quaestionum):

Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti; — defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus; et quum de ea re mecum contulisset, dixi, posse defendi, non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse; quodsi expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit, quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit.

Der in diesem Fragment vorkommende Ausdruck non mera donatio gab den nächsten Anlass zur Unterscheidung einer donatio mera und einer donatio non mera (= remuneratoria), die Entscheidung der Stelle aber, besonders wegen ihres Contrastes zu l. 32. D. eod. ((Scaevola libro V. Responsorum): Lucius Titius epistolam talem misit: Ille illi salutem. Hospitio illo, quamdiu volueris, utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio; — quaero an heredes eius habitationem prohibere possunt? Respondit secundum ea, quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem) zur Aufstellung der Verschiedenheiten zwischen der reinen und der remuneratorischen Schenkung. Während nämlich Papinian (l. 27) sich zu Gunsten desjenigen ausspricht, dem die ihm von seinem früheren Schüler überlassene Wohnung von dessen Erben genommen werden wollte, entscheidet Scävola (l. 32) dahin, dass die Erben berechtigt seien, den von ihrem Erblasser schenkungsweise überlassenen Gebrauch einer Wohnung zurückzuziehen. Papinian motivirt seine Entscheidung damit, dass im vorliegenden Falle keine donatio mera gegeben sei, sondern der Schüler officium magistri quadam mercede remunerirt habe; diese Motivirung war es vorzugsweise, die zur Entwicklung einer besonderen

Lehre von der remuneratorischen Schenkung führte, nach welcher dieselbe sich in vielfacher Beziehung von der gewöhnlichen Schenkung unterscheiden soll.

Um nun dieser Theorie den Boden zu entziehen, sucht Windscheid (Pandekten, II. § 368,¹¹) für den Unterschied zwischen beiden Entscheidungen einen ausserhalb der Lehre von der Schenkung liegenden Erklärungsgrund und findet denselben darin, dass in dem Falle der ersten Stelle „die Verleihung eines Rechts“, in dem der zweiten die „eines blossen precarium“ vorliege. Allein, abgesehen davon, dass es in l. 32 cit. heisst *quamdiu volueris*, die Dauer des Verhältnisses also auf den Willen des Empfängers und nicht des Verleihers gestellt ist und deshalb von einem precarium von vorneherein keine Rede sein kann¹⁾, so lässt sich auch aus dem Wortlaut beider Stellen kein stichhaltiger Grund für die Annahme einer solchen Verschiedenheit ableiten. Zudem würde, wenn in l. 27. cit. wirklich von einem *ius habitationis* im Sinne Windscheids die Rede wäre, da dieses nach seiner Natur als Personalservitut (Windscheid I. § 208) erst mit dem Tode des Empfängers endigen würde (Windscheid I. § 215, Abs. 2), für den Anspruch der Erben keinerlei rechtliche Grundlage vorhanden sein und sich Papinian, „der Meister des Stils“²⁾, dann gewiss nicht damit begnügen, von der Rechtsstellung des Nicostratus nur zu sagen, es liessen sich Gründe zu ihrer Vertheidigung

¹⁾ Windscheid will diesen Einwand mit dem Hinweis auf l. 12 pr. D. de precario 43,26 beseitigen, nach welcher derjenige, der ein precarium auf eine bestimmte Zeit verliehen hat, an diese Frist nicht gebunden ist, sondern schon vor Ablauf derselben zurückfordern kann; aber es dürfte doch ein gewaltiger Unterschied bestehen zwischen dem Falle, dass der Verleihende den Gebrauch der Sache dem Empfänger für eine bestimmte Zeit überlässt, ohne dadurch, der Natur des precarium entsprechend, sich juristisch verpflichten zu wollen, und jenem Falle, in welchem er die Beendigung des Verhältnisses ganz und gar in die Hand des Empfängers legt und damit implicite auf das Recht verzichtet, die Sache, wann er will, wieder zurückzuverlangen.

²⁾ wie Bekker im Jahrbuch für gemeines Recht, Bd. VI S. 252 ihn nennt.

finden (*posse defendi*), sondern würde die Klage als unbegründet und unberechtigt bezeichnen. Dazu kommt endlich, dass der Jurist sich zur Motivirung dieses „*posse defendi*“ keineswegs auf das Vorhandensein eines (dauernden) Rechts auf Seite des Beklagten beruft, sondern vielmehr auf factische Verhältnisse, welche zur ausnahmsweisen Einräumung eines unwiderruflichen Gebrauches der Wohnung Veranlassung gegeben hätten. Deshalb scheint, besonders mit Rücksicht auf die Worte *posse defendi* und die Motivirung derselben, vielmehr die Annahme berechtigt zu sein, dass es sich in beiden Fällen um das gleiche Rechtsverhältniss handle, welches nur das eine Mal in Folge besonderer, die Begründung desselben begleitender Umstände eine von der Regel abweichende Beurtheilung erfährt.

Die Erklärung dieser Regel selbst, wie sie sich aus den beiden Stellen ergibt, dass nämlich die Erben an die durch den Erblasser vollzogene Schenkung eines Wohnungsrechts nicht gebunden seien und dieselbe widerrufen können, bietet aber, wie schon Savigny³⁾ bemerkt, eigentlich mehr Schwierigkeit als die Erklärung der in l. 27 cit. hievon gemachten Ausnahme. Für Windscheid, der, wie wir gesehen, jene Regel in den beiden Stellen nicht findet, vielmehr eine principielle Verschiedenheit beider Fälle annimmt, ist damit zugleich auch diese Schwierigkeit beseitigt; da jedoch diese seine Annahme nach dem Obigen kaum haltbar sein dürfte, so stehen wir wiederum vor dem Räthsel, zu dessen Lösung schon die verschiedensten Versuche gemacht worden sind.

1) Am leichtesten hilft sich Anton Faber⁴⁾, indem er einfach den Knoten durchhaut und anstatt *quamdiu volueris* in l. 32. cit. lesen will *quamdiu voluerim*; hienach läge in beiden Fällen nicht die Verleihung einer *habitatio* vor, sondern ein auf Benützung der Wohnung gerichtetes *precarium*, welches seiner rechtlichen Natur entsprechend schon vom Ver-

³⁾ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. IV S. 47.

⁴⁾ *coniecturarum iuris civilis libri XX*, Coloniae Allobrogum 1630, lib. 2 c. 19.

leiher selbst und daher auch von seinen Erben wieder zurückgezogen werden kann. Da sich jedoch in sämtlichen Handschriften die Lesart *quamdiu volueris*, in keiner einzigen aber *quamdiu voluerim* findet, da es ferner in der entsprechenden Stelle der Basiliken (l. 47. tit. 1. th. 31. — edit. Heimbach. IV. p. 577) heisst ἐφ' ὅσον βούλει, so kann auf diesem Wege eine genügende Abhilfe nicht gefunden werden.

2) Cuiacius⁵⁾ sagt, die römischen Juristen hätten mit Rücksicht auf das Princip der *lex Cincia*, die eine Beschränkung und Verminderung der Schenkungen bezweckt habe, die Schenkungen immer stricte interpretirt; deshalb seien auch die Worte *quamdiu volueris* so zu verstehen, dass der Verleiher dem Empfänger nur für die Zeit seines (d. i. des Verleihers) Leben die Entscheidung über die Beendigung des Gebrauchs überlassen wollte, für die Zeit nach seinem Tode jedoch nur unter der Voraussetzung, dass seine Erben nicht anderes Willens würden. Für eine solche Auffassung gewähren unsere Quellen keinen positiven Anhaltspunkt; lediglich aus dem Princip der *lex Cincia* aber, über deren Inhalt wir noch dazu nur sehr mangelhafte Nachrichten haben, auf eine solche Intention zu schliessen, dürfte denn doch als sehr gewagt erscheinen.

3) Giphanius (l. all. ad l. 32 Nr. 9 fg.) will mit Connanus, ähnlich wie man zwischen einer *servitus itineris* und einem bloss persönlichen *ius transeundi* einen Unterschied mache, auch eine *servitus habitationis* und eine *nuda facultas* (*concessio*) *habitandi* unterschieden wissen, welch' letztere jedoch noch kein *precarium* sei, da sie nicht wie dieses auf Bitten, sondern aus freiem Antriebe verliehen werde. Diese *facultas habitandi*, für welche nach seiner Ansicht „*hospitium*“ die technische Bezeichnung ist — hiefür beruft er sich besonders auf das in l. 15. § 1. D. de *precario* 43,26 vorkommende Wort *hospites* — soll nur von dem guten Willen des Concedenten, von seiner persönlichen Zuneigung zum *habitor* (*hospes*) abhängig sein, so dass er jeden Augenblick in der Lage wäre,

⁵⁾ observat. l. 17. c. 33 und l. 21. c. 37.

dieses Verhältniss wieder aufzuheben; als reiner Ausfluss seines freien Willens müsse dasselbe jedenfalls mit diesem, also mit seinem (des Concedenten) Tode endigen und könne in Folge dessen für seine Erben nicht verpflichtend wirken; nur im Falle der l. 32 cit. sei der Concedent selbst wegen des Verzichts auf sein Revocationsrecht, welcher im Gebrauch der Formel *quamdiu volueris* liege, für gebunden zu erachten.

Trotz der eben skizzirten Auseinandersetzung von Giphanius will es jedoch nicht einleuchten, welches die rechtliche Natur dieses „*hospitium*“ im Gegensatz einerseits zur *habitatio* und andererseits zum *precarium* sein soll, zumal, da es „durchaus nicht zum Wesen des *precarium* gehört, dass der Verleihung eine Bitte vorausgegangen sei, sondern auch eine Sache *precario* offerirt und angenommen werden kann (arg. Paulus R. S. V, 6 § 11)“⁶). Auch gibt uns jener Autor keinen Aufschluss darüber, auf welches weitere Quellenmaterial die Construction derselben gestützt werden könnte; denn dafür, dass in unseren beiden Stellen ein solches *hospitium* gemeint sei, bringt Giphanius keinen weiteren Beweis, als dass er dieses Rechtsinstitut eben erst aus denselben ableiten will. Ferner aber lässt sich auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht nicht einmal die abweichende Entscheidung der l. 27 genügend erklären; denn wenn wir dieselbe, wie weiter unten zu zeigen ist, auf eine Verschiedenheit im Zwecke der Verleihung zurückführen, so ist damit noch in keiner Weise gerechtfertigt, warum auch die Erben verpflichtet sein sollen, die lediglich auf dem Wohlwollen des, resp. der Eigenthümer beruhende Wohnungsbefugniss, beim Mangel einer solchen Gesinnung gegenüber dem *hospes*, demselben auch fernerhin zu belassen.

Ausser den eben ausgeführten Bedenken spricht noch ferner gegen die von unserm Autor gegebene Erklärung, dass von einer solchen Bedeutung des Wortes *hospitium*, wie er sie supponirt, sich nicht leicht Beispiele aus unseren Quellen an-

⁶) H. Dankwardt, das *Precarium* und die *Emphyteusis*, § 5 Not. 3, in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 14 (N. F. Bd. 2), Heft 2. S. 294.

führen lassen. Hospitium und hospes bedeuten bald Gastfreundschaft und Gastvertrag, resp. Gastfreund (so in l. 1. § 9. D. de his qui effend. 9,3 l. 5. § 2. D. de captiv. 49,15 l. 5. § 4. D. de his qui effend. 9,3 l. 15 § 1. D. de precario 43,26), bald Einquartirung (so in l. 4 pr. D. de offic. procons. 1,16 l. 3. § 13. D. de muner. 50,4 l. 18. Cod. Theod. de medicis 13,3 l. 16. Cod. Theod. de metatis 7,8 l. 18. § 29. 30. D. de muneribus 50,4 l. 10. § 2. D. de vacatione et excusatione 50,5); ferner findet sich hospitium noch in der Bedeutung von Herberge, Quartier, Logis, Wohnung (so in l. 15. § 3. D. ex quib. caus. maiores 4,6 l. 5. § 1. D. de his qui effend. 9,3 l. 29. D. de damno infecto 39,2 Sueton. Tiber. c. 37. Nero c. 47) und endlich in einem specielleren Sinn als Bezeichnung für das Gelass, welches gewöhnlich den Gastfreunden zum Aufenthalt diente⁷⁾; hospes ist dann derjenige, welcher aus irgend einem Titel eine Wohnung, welcher ein solches Gastzimmer innehat (so in l. 5. § 2. D. de iniur. 47,10 l. 5. § 4. D. de his qui effend. 9,3 l. 9. D. de acqu. vel amitt. poss. 41,2 l. 3. § 4. D. de itin. actuque priv. 43,19 l. 15. § 1. D. de precario 43,26 Plautus, miles glorios. III, 1, 146; Cicero, de oratore II, 58; ep. ad Attic. II, 16 XIV, 2; de divinatio. II, 37 (79); de senectute 23 (84); Livius, hist. V, 28; Plinius, histor. natur. XXXV, 9 (35) und 11 (38)).

Eine dieser beiden letzteren Bedeutungen hat hospitium auch in unserer l. 32; hiefür spricht besonders der Umstand, dass dort dieses Wort mit dem demonstrativen illo verbunden ist (hospitio illo . . . utaris), welches doch auf etwas Bestimmtes, Concretes hinweist, das bereits vorhanden ist, nicht aber, wie es bei dem angeblichen Rechtsverhältnisse der Fall sein müsste, eben durch den fraglichen Brief und dessen Acceptation erst in die Existenz zu rufen wäre; auch der Gebrauch des Wortes uti dürfte wohl eher zu der Annahme einer sachlichen Bedeutung des kritischen Wortes veranlassen, da dieser

⁷⁾ Ueber die gewöhnliche Lage und die Art der Benützung desselben vergl. Vitruvius, de architectura VI c. 7.

Ausdruck sich schwerlich mit Bezug auf ein Rechtsverhältniss finden dürfte. Hiezu kommen noch weitere Gründe, welche sich aus der Natur der Sache ergeben; soll nemlich unter hospitium ein Rechtsverhältniss verstanden werden, so kann man sich schon aus etymologischen Gründen darunter doch nur ein solches vorstellen, welches mit dem Gastverhältniss in irgend welcher Beziehung steht; das letztere wurde nun allerdings in rechtlicher Form begründet und mag in dieser oder jener Hinsicht einen gewissen rechtlichen Charakter gehabt haben⁸⁾; allein es war doch andererseits wiederum weit entfernt davon, ein wirkliches Rechtsinstitut zu sein. Nicht zu unterschätzen ist auch der Umstand, dass ein solcher Gast- und Freundschaftsvertrag zwischen Bürgern derselben Gemeinde seiner Natur nach unmöglich war (Mommsen a. a. O. S. 331); in l. 32. cit. aber sind die Betheiligten, wie man wohl aus der unterschiedslosen Bezeichnung Beider mit dem Worte ille (ille illi salutem) schliessen darf, eben Angehörige derselben Gemeinde. Endlich liegt es ebenso wieder in der Natur der Sache begründet, dass von einem Gastverhältniss jeweilig nur ein vorübergehender Gebrauch gemacht wurde (vergl. auch l. 1. § 9. cit. D. 9,3 l. 3. § 4. cit. D. 43,19); in unserer Stelle dagegen handelt es sich um eine dauernde Benützung des fraglichen hospitium. Alles dieses zusammen genommen dürfte genügend und geeignet sein, zu erweisen, dass die Vermuthung von Giphanius auf falschen Prämissen ruht und deshalb auch nicht zu dem gewünschten Resultate führt, dass vielmehr das kritische Wort nur in dem oben erwähnten Sinne aufzufassen ist.

4) Meyerfeld, der (I. S. 146. § 11. Nr. 12) eine ähnliche Ansicht vertritt, zieht zur Stütze derselben die l. 4. D. loc. 19,2 an, welche eine Analogie insoferne enthalten soll, als auch die auf den blossen Willen des Verleihers gestellte locatio mit dem Tode desselben endigen soll. (Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedissetve, vellet,

⁸⁾ Theod. Mommsen, römische Forschungen, Bd. I, Berlin 1864, S. 330. 331, 334 u. 335.

morte eius qui locavit tollitur.) Von einer Aehnlichkeit dieses Falls mit dem in unseren beiden Stellen besprochenen kann jedoch keine Rede sein; denn l. 32 enthält gerade das Gegentheil, indem die Beendigung des Verhältnisses nicht auf den Willen des Verleihers, sondern des Empfängers gestellt ist.

5) Jo. Schilter⁹⁾, Schildener (pag. 8), P. L. Kritz¹⁰⁾ und Savigny¹¹⁾ sind der Ansicht, dass die Erben desshalb nicht gebunden seien, weil bei der Schenkung die Vorschriften der lex Cincia nicht beobachtet wurden, indem dieselbe nur durch ein nudum pactum anstatt vermitteltst stipulatio oder mancipatio (in iure cessio, traditio) vollzogen worden sei, und weil der Capitalwerth des Wohnungsrechts den modus legitimus überschritten habe und die Schenkung in Folge dessen ungiltig sei, wesshalb der Schenker und nach seinem Tode dessen Erben in keiner Weise durch dieselbe verpflichtet seien. Allein auch wenn jenes der Fall wäre, so könnten sich die Erben doch nicht mehr darauf berufen, weil nach dem Tode des Schenkers ein Verstoss gegen das cincische Gesetz nicht mehr geltend gemacht werden kann (morte Cincia removetur: Vat. fragm. §§ 259, 266, 281, 294 und 312)¹²⁾.

⁹⁾ praxis iuris Romani in foro Germanico . . . Jenae 1698, exercit. ad pandect. 43, § 3 u. 4.

¹⁰⁾ Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben, Leipzig 1833 u. 1839, Bd. I, Nr. 1, Seite 4.

¹¹⁾ Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. IV S. 49 und auch noch im System etc. Bd. IV S. 95 not. m.

¹²⁾ Dem klaren und unbestrittenen (cf. Hasse, „von dem Recht der lex Cincia“ im Rhein. Museum Bd. I S. 199, 212 u. 238, und Unterholzner, „über das cincische Gesetz“ ebenda Bd. II S. 455 u. Bd. III S. 165) Ausspruch dieser Stellen gegenüber kann auch die von Schilter beigezogene Analogie der l. 35 pr. D. eod. tit. nicht von Belang sein; dieselbe enthält aber, genau betrachtet, gar keinen analogen Fall; denn aus den Worten „nec peculium Stichus legavit nec actiones praestari iussit“ geht hervor, dass man in der Einsetzung des (früheren Donatars) Stichus als Erben eine stillschweigende mutatio voluntatis bezüglich der früheren Schenkung und da die Patrone berechtigt waren, falls sie anderes Willens wurden (mutata voluntate), Schenkungen an ihre Freigelassenen ohne weiteren Grund zu revociren (Vatic. fragm. §§ 272 u. 313), eine stillschweigende Revocation

6) So erübrigt nur mehr, die Erklärung anzunehmen, welche bereits Jac. Gothofredus (de salario c. 1. § 12), ferner Brunnemann (l. c. ad l. 32. D. 39,5 Nr. 1) und Jo. God. Bauer (l. c.) gegeben und die neuerdings von Thibaut¹³⁾, (Zimmern) in den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur, 13. Jahrg. (1820) S. 811, F. Mackeldey¹⁴⁾, Schilling (II. § 195, not. n.), Vangerow (I. § 349) und von Liebmann (S. 32 fg.) vertheidigt wird; dieselbe geht dahin, dass die habitatio allerdings regelmässig wie alle Personalservituten erst mit dem Tode des Empfängers (l. 10. § 3. D. de usu et habitatione 7,8), wenn sie aber durch Schenkung begründet worden sei, bereits mit dem Tode des Verleihers endige. Dieser Satz kann allerdings auch nur auf unsere beiden Stellen zurückgeführt werden; allein eine solche Annahme, nach welcher lediglich für einen speciellen Fall eines allgemein anerkannten Rechtsinstituts eine exceptionelle Beurtheilung behauptet wird, ist jedenfalls weit eher zulässig als die von Giphanius und Meyerfeld, welche ein ganz neues Rechtsinstitut construiren wollen, und zwar umsomehr, als die Geschichte der habitatio (cf. l. 10. D. de cap. min. 4,5 und l. 10. § 3. D. cit.) ersehen lässt, dass lange Zeit hindurch eine solche überhaupt nur mit temporärer Beschränkung verliehen werden konnte.

Die von der so gewonnenen Regel abweichende Entscheidung der l. 27 findet ihre einfache Erklärung darin, dass, um mit Savigny (a. a. O.) zu sprechen, „der Lohn für den ertheilten Unterricht keine wahre Schenkung ist.“ Für diese Behauptung liegt ein stringenter Beweis darin, dass nach l. 1. pr. D. de extraord. cogn. 50,13 der Anspruch der Rhetoren auf Lohn für Ertheilung von Unterricht auf dem Wege der

derselben gesehen hat; dann ist aber die Schenkung nicht wegen eines Verstosses gegen die lex Cincia, sondern wegen erfolgter Revocation ungiltig geworden.

¹³⁾ civilistische Abhandlungen Nr. 2: „über die römische habitatio und den partus ancillae“, S. 25 fg.

¹⁴⁾ Lehrbuch des römischen Rechts, herausg. von J. A. Fritz, Wien 1851 u. 1852, § 284.

extraordinaria cognitio verfolgt werden konnte. Nun ist es aber „für die Anwendbarkeit des Begriffs einer *civilis obligatio* ganz gleichgiltig, welcher Art die zulässige Klage sein möge, ob eine *civilis actio*, eine *honoraria actio* oder ein *extraordinarium iudicium*“¹⁵⁾; da aber, wie unten (§ 4) des Weiteren ausgeführt werden wird nach l. 29. pr. D. de donat. 39,5 l. 82. D. de reg. iur. 50,17 nur diejenige Leistung eine Schenkung ist, welche *nullo iure cogente* gemacht wird, hier aber nach dem Gesagten eine *civilis obligatio*, also die Möglichkeit eines Zwanges vorliegt, so kann die Entrichtung des Honorars für den Unterricht keine Schenkung sein. Wir sehen darin vielmehr nur eine in der Form der *donatio*, aber ohne Zweck und Wirkung einer solchen gemachten *solutio* (resp. in *solutum datio*), welche als solche aus dem Gebiete der Schenkung auszuschneiden ist. Mit dieser Erklärung fällt auch die Schwierigkeit weg, welche in den Worten *posse defendi* insoferne liegt, als der Jurist nicht sagt, *Nicostratus* sei vollkommen im Rechte, sondern nur, es liessen sich Gründe zu seiner Vertheidigung finden. Uns klärt sich dieser Ausdruck dahin auf, dass *Papinian* sagen will, auf den ersten Anblick und den äusseren Schein hin komme man zunächst zu der Ansicht, dass *Nicostratus* unterliegen müsse, weil ihm die *habitatio* schenkungsweise verliehen worden sei und dieselbe in einem solchen Falle mit dem Tode des Verleihers endige; allein bei näherer Betrachtung des Vorgangs und der Sachlage müsse man sagen *posse defendi*, denn es sei eigentlich keine Schenkung (*non mera donatio*) gewollt gewesen und auch nicht erfolgt, wenn auch die Form, in welche das Geschäft gekleidet wurde, anfänglich täusche. Die Worte *non mera donatio* enthalten dann „die Verneinung der wahren, eigentlichen Schenkung, zu deren Annahme man durch das im Briefe gebrauchte Wort *dono* verleitet werden könnte.“ (*Savigny*, System IV. S. 96.) — Bezüglich des Wortes *remuneratum* s. den Schluss dieses § .—

¹⁵⁾ *Savigny*, das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Berlin 1851 u. 1853, Bd. I S. 37.

Diese Interpretation befriedigt allerdings diejenigen nicht welche, wie Jac. Gothofredus (c. 1. § 8), Leyser (spec. 434, med. 10) und Meyerfeld (§ 19. Not. 59. S. 382) annehmen, dass die Gewährung des Gebrauchs der Wohnung in dem Falle unserer Stelle nach bereits vorausgegangener Bezahlung des Unterrichts rein aus Dankbarkeit erfolgt sei. Für eine solche Annahme gewährt aber unsere Stelle keinen genügenden Anhalt; Meyerfeld beruft sich zwar auf die Worte *quadam mercede*; allein wie er selbst (S. 383) zugibt, wurde gerade das Honorar der Rhetoren mit *merces* bezeichnet, und das Wort *quadam*, „welches eine Uneigentlichkeit bezeichnet“, kann sich ganz gut auf die Form oder auch auf das Zahlungsmittel (*habitatio*) beziehen.

Die hier entwickelte Auffassung über den Inhalt der vorliegenden Stelle entspricht im Ganzen und Grossen auch der Anschauung der Basiliken¹⁶⁾ und der herrschenden Meinung¹⁷⁾.

II. 1. 34. § 1. D. de donat. 39,5 (Paulus libro V. Sententiarum):

Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est; non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit.

Diese Stelle ist den *Receptae Sententiae* des Paulus (lib. 5. tit. 11. § 6) entnommen und lautet dort folgendermassen:

¹⁶⁾ l. 47. tit. 1. th. 26 (edid. Car. Guil. Ern. Heimbach, Lipsiae 1833—1850 (1870), IV. p. 574): Papianus. Si scripsero ad praeceptorem meum, me propter disciplinam, qua me instituit, ei habitationem dare, donatio non est, sed propter mercedem remuneratio, Ideo et post mortem meam habitationem retinet et, si expellatur, habet actionem ad exemplum eius, qui usumfructum habet.

¹⁷⁾ Zoesius, tit. de donat. 39,5 Nr. 58; Brunnemann ad h. leg., Sam. de Cocceji l. 21. tit. 2. qu. 6., Oldenbruch (Wunderlich) § 10, Schildener S. 9, Glück XX. S. 243, Mackeldey § 433, Seuffert § 367, Note 1, Sintenis § 23, Note 11, Arndts § 83, Note 2, Brinz § 350 (II. S. 1545), Heimbach in Weiske's Rechtslexicon Bd. IX. S. 654 u. Ernst Zimmermann, Beiträge zur Theorie der *condictio indebiti*, Giessen 1868, S. 40 u. 50.

Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur: si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est: quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit.

Wie eine Vergleichung beider Stellen zeigt, wurde die ursprüngliche paulinische Fassung von den Compilatoren bedeutend verändert. Wie allgemein anerkannt ist, bezog sich dieselbe auf die lex Cincia; ob und inwieweit nun die Umänderung der Worte „in infinitum donare non prohibetur“ in „haec donatio irrevocabilis est“ einen Einfluss auf die Anwendbarkeit der Insinuationsvorschrift hat, durch welche die lex Cincia allmählich ersetzt wurde, wird besser an späterer Stelle (§ 5, IV) in Betracht gezogen werden; hier interessirt uns die Stelle nur insoweit, als sie auf die Begriffsbestimmung der remuneratorischen Schenkung von Einfluss sein könnte.

Zuvörderst nun ist zu constatiren, dass die Aufnahme und Abänderung der vorliegenden Stelle den Compilatoren nicht gerade viel Lob und Ehre eingebracht hat; Kritz (a. a. O. S. 6) meint, sie hätten mit Aufnahme derselben „unter Anderem auch hier einen bedeutenden Mangel an Kritik bewiesen“; Savigny (Syst. IV. S. 97) erklärt den, auch von uns gegebenen, florentinischen Text geradezu für „sinnlos“; Cuiacius¹⁸⁾ und Schildener (S. 36 u. 44) können sich keinen vernünftigen Grund denken, wesshalb die Umänderung vorgenommen wurde, da nach ihrer Ansicht die Stelle in ihrer jetzigen Fassung dasselbe sagt, als in der früheren.

Bei solcher Beurtheilung unserer Stelle, wird es begreiflich, dass von jeher alle möglichen Vorschläge zu einer Abänderung der gewöhnlichen Lesart gemacht worden sind. So meint Cuiacius, es seien nach den Worten irrevocabilis est vielleicht einige Worte ausgefallen und will desshalb mit Anschluss an Paulus ergänzen: haec donatio irrevocabilis est, si tamen donatio et non merces u. s. w.; hierin

¹⁸⁾ Juli Pauli Receptarum Sententiarum ad filium libr. V. interpretationes, Coloniae Agrippinae 1589, ad lib. 5 tit. 11. § 6.

stimmen ihm Ant. Schulting¹⁹⁾, Glück (XXVI. S. 200) und E. Zimmermann (S. 42) bei. Voet (l. 39 tit. 5 Nr. 17) und Haloander in seiner Digestenausgabe (Norimbergae 1529) nehmen die zweite im Florentiner Codex sich findende, nach Mommsen von der Hand des „emendator ordinarius“ (F².) herrührende Lesart *nam merces* statt *non merces* an²⁰⁾ und hierin folgen ihnen Mahir (§ 12, S. 27) und Baron (§ 70). Beide Florentiner Lesarten will Jo. Guil. Marckart²¹⁾ verbinden und demgemäss lesen *nam non merces*; zu dem gleichen Endresultat führt die von Pardulphus Prateius²²⁾ vorgeschlagene Lesart *non enim merces*. Weiter gehen schon in der Abweichung vom Text der Florentinen Pinellus (Nr. 62; S. 374), Garsias (Nr. 8) und Savigny (a. a. O.), welche mit der Vulgata *merces enim*²⁰⁾ lesen, am weitesten endlich Marezoll (a. a. O. S. 37) mit seiner Lesart *si non merces*, welche übrigens auch Schulting (l. c. not. 28) der von ihm als zulässig erklärten Ergänzung, wie sie Cuiacius vorschlägt, vorzuziehen geneigt ist²³⁾.

¹⁹⁾ *iurisprudentia vetus anteiustiniana . . .*, editio nova (G. H. Ayer), Lipsiae 1737, ad Paul. R. S. l. V. tit. 11. § 6 (p. 475).

²⁰⁾ Zu ihren Gunsten spricht auch das schol. 3. ad Basil. l. 47. tit. 1. th. 33 (Heimbach, IV. S. 579).

²¹⁾ *interpretationes receptarum lectionum iuris civilis*, lib. 2. c. 10. § 1 (p. 235 fg.). — Dieses Werk konnten wir trotz vielfacher Bemühungen nicht erhalten und citiren wir dasselbe lediglich nach den übereinstimmenden Angaben bei Oldenbruch (Wunderlich) § 12, Car. Frid. Walch, *introductio in controversias iuris*, edit. III. Jenae 1791, sect. 3. c. 3. membr. 1. § 13. not.* (S. 470) und Glück Bd. XX. S. 244 u. Bd. XXVI. S. 200.

²²⁾ *iurisprudentiae mediae libri IV.* (1560) in Ottonis thesaurus iuris tom. III, lib. 3. c. 5.

²³⁾ Wenn Kritz (S. 6) meint, man dürfe nur statt *nam* oder *non* lesen *si tamen*, dann lehne sich die Stelle treu an den Text der *receptae sententiae* an, so hat er entweder die oben allegirte Stelle des Cuiacius missverstanden oder aber sich einer Widersinnigkeit schuldig gemacht; denn wenn man seine Ansicht weiter verfolgt und, wie er will, *si tamen* mit „selbst wenn“ übersetzt, so kommt man zu dem Resultat, dass eine *donatio* zugleich eine *merces* (= Honorar, Bezahlung) sein soll, zwei Eigenschaften, die doch ihrem innersten Wesen nach incompatabel sind und deren Vereinigung gerade dem Verfasser des Aufsatzes „über die Nichtigkeit des Begriffs

Wir entscheiden uns für Beibehaltung der nach Mommsen, wie auch schon Cuiacius bezeugt, unzweifelhaft älteren Lesart *non merces* des Florentiner Codex; damit übernehmen will allerdings auch die Pflicht, die gegen dieselbe erhobenen Einwendungen zurückzuweisen und wollen nun im Folgenden versuchen, dieser Aufgabe nach Kräften gerecht zu werden.

Zunächst dürfte darauf hinzuweisen sein, dass die jetzige Fassung (*haec donatio irrevocabilis est: non merces u. s. w.*) ganz entschieden auf die frühere (*si tamen donatio et non merces*) hinweist und mit Benützung der Worte der letzteren gebildet worden zu sein scheint. Ferner aber dürfte trotz der gegentheiligen Ansicht von Cuiacius, Schildener und Savigny (S. 98) anzunehmen sein, dass durch die Tribonianische Aenderung unserer Stelle ein ganz anderer Zusammenhang und Inhalt gegeben wurde und werden wollte, was bisher wahrscheinlich mehr oder minder desshalb verkannt wurde, weil man sich zu sehr an den Ursprung der Stelle erinnerte und dieselbe in Folge dessen mehr durch die Brille des Paulus als mit unbeirrtem Auge las.

Thibaut²⁴⁾ sagt sehr richtig: „Die in den Pandekten und dem Codex befindlichen Fragmente, welche nicht von Justinian selbst herrühren, können jetzt nicht mehr in ihrem

der remuneratorischen Schenkung“ am wenigsten anstehen will. Kritz fasst aber auch den ursprünglichen Text des Paulus falsch auf; nach seiner Ansicht sagt der Jurist: „Eine unter den gedachten Umständen gemachte Schenkung ist giltig, ganz abgesehen davon, bis zu welcher Summe sie sich beläuft; selbst wenn man (*si tamen*) in einem solchen Falle nur von einer Schenkung und nicht von einer *merces* reden und auf diese Weise das *factum* ganz ausser Subsumtion unter die *lex Cincia* stellen könnte.“ Vom formellen Standpunkt ist gegen diese Erklärung einzuwenden, dass „*si tamen*“ niemals „selbst wenn“, sondern, wie alle Wörterbücher ausweisen, „wenn anders“, „wenn nur“, „wenn nemlich“, kurz soviel als *si quidem* bedeutet: materiell aber fehlt er darin, dass er meint, wenn man die Gabe nur als Schenkung und nicht als *merces* betrachte, so sei sie damit jeglicher Subsumtion unter die *lex Cincia* entzogen, während dieses Gesetz sich doch gerade auf die Schenkungen und nicht etwa auf die *mercedes* bezog.

²⁴⁾ Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, Altona 1799, § 26 (S. 155).

ursprünglichen Sinn verstanden werden, sondern sind so auszulegen, wie es der jetzige Wortverstand und die jetzige Verbindung derselben mit sich bringen.“ Auf unsern Fall angewendet, mahnt diese Bemerkung, uns genaue Rechenschaft zu geben über die gegenwärtige Stellung und Bedeutung des ganzen Fragments sowohl als seiner einzelnen Theile.

Paulus nun lässt es unentschieden, ob man eine Gabe an den Lebensretter als Schenkung zu betrachten habe oder nicht (*si tamen donatio et non merces appellanda est*), und sagt, wenn man ersteres thue, so sei dieselbe der *lex Cincia* ausnahmsweise nicht unterworfen, weil der dadurch zu belohnende Dienst unschätzbar sei; damit war für diesen speciellen Fall einer remuneratorischen Schenkung zweifellos eine Ausnahme von den für gewöhnliche Schenkungen geltenden Regeln anerkannt²⁵). Die Compileren fanden den Boden, welchem diese ganze Bestimmung entsprossen war, nicht mehr vor; an die Stelle der Vorschriften des *cincischen* Gesetzes, welches, wie es scheint, eine Beschränkung der Schenkungen überhaupt bezweckte, war die *Insinuationsvorschrift* getreten, welche lediglich die Beobachtung einer Förmlichkeit verlangte, aber keine sonstigen Beschränkungen bezüglich der Quantität der Schenkungen mehr enthielt. Das wäre ein Grund gewesen, die Stelle nicht in das neue Gesetzgebungswerk aufzunehmen, und sie würden dieselbe auch wahrscheinlich nicht weiter berücksichtigt haben, wenn sie nicht zugleich eine wichtige Frage angeregt hätte, nämlich die, welches regelmässig die rechtliche Natur einer dem Lebensretter gegebenen Remuneration sei. Den bis dahin, wie gerade aus der Stelle des Paulus ersichtlich ist, vorherrschenden Zweifel hierüber schnitten sie ab und erklärten sich mit den Worten „*haec donatio*“ dafür, dass eine solche Gabe als Schenkung zu betrachten sei. Indem sie nun aber auch noch die weiteren Theile der Stelle nur unter Weg-

²⁵) Dies widerlegt auf das Entschiedenste die Behauptung von Kritz (S. 2), dass das römische Recht nirgends die remuneratorische Schenkung als eine besondere Gattung von Schenkungen hervorhebe und dieselbe auch nicht factisch als solche anerkannt habe.

lassung weniger, durch ihre Entscheidung überflüssig gewordenen, Worte (*si tamen donatio et*) beibehielten, trotzdem sie dem ersten Theile einen präciseren und dadurch ganz anderen Inhalt gegeben hatten, verliehen sie denselben eine ganz andere Färbung und der Stelle selbst eine ganz andere Construction. Während nämlich der Causalsatz (*quia—placuit*) bei Paulus dazu bestimmt war, unter der Voraussetzung, dass die betr. Gabe als Schenkung betrachtet werde (*si tamen — appellanda est*), die Unanwendbarkeit der *lex Cincia* auf dieselbe zu motiviren²⁶⁾, ist er jetzt mit nur unwesentlichen Aenderungen (*quod contemplatione*²⁷⁾ — *placuit*) an einen selbständig für sich stehenden, aus dem Material der früheren Bedingung gebildeten Satz (*non merces appellanda est*) angefügt und repräsentirt mit diesem zusammen die Motivirung dafür, warum die Compileren in einer solchen Gabe eine Schenkung sehen. Sie sagen: Man darf eine solche Gabe nicht vielleicht für einen Lohn (*merces*) halten, weil die zu belohnende Leistung unschätzbar ist; in weiterer Ausführung will das wohl heissen: Wenn man eine Gegenleistung als Lohn ansehen will, so ist vor allem erforderlich, dass die zu belohnende Leistung in Geld geschätzt werden könne (dies ist von Interesse, um z. B. bestimmen zu können, ob sie lediglich Lohn und nicht vielleicht durch Ueberschreitung des Werthes der zu belohnenden Leistung auch eine theilweise Schenkung sei, in welchem Falle für den betr. Theil die Schenkungsregeln Anwendung zu finden hätten); eine solche Taxirbarkeit sei aber im Falle der Stelle nicht gegeben und deshalb könne auch eine solche Remuneration überhaupt gar nicht als eine *merces*, sondern einzig und allein als eine Schenkung aufgefasst werden. Dies ist nach

²⁶⁾ Prateius l. c., Marezoll S. 38, Savigny, Syst. IV. S. 96 u. 97, Dollmann a. a. O., Sintenis § 23, Not. 11 (I. S. 206).

²⁷⁾ Statt des unzweifelhaften *contemplatione* wollen manche (so besonders Marezoll a. a. O., Mahir S. 28 u. Zimmermann S. 42) mit der Stelle des Paulus *contemplationem* setzen; jedoch mit Unrecht; denn „*contemplatione* giebt denselben Sinn wie *contemplationem*; es heisst: mit Rücksicht auf die Lebenserhaltung.“ (Savigny, Syst. IV. S. 97.)

unserer Ansicht der Inhalt der Stelle unter Zugrundelegung der Lesart *non merces*.

Auch nach Ansicht derjenigen Autoren, welche *nam merces* oder *merces enim* lesen, bildet allerdings der zweite Theil der Stelle die Motivirung des ersten, aber nicht bezüglich der Worte *haec donatio*, sondern vielmehr bezüglich des an die Stelle des Satzes *in infinitum donare non prohibetur* getretenen *irrevocabilis est*. Diese Irrevocabilität soll hiernach damit begründet werden, dass die Gabe als *merces* zu betrachten sei; allein abgesehen davon, dass hiezu der Causalsatz (*quod — placuit*) nicht recht passen will, indem man gerade die Aestimabilität des vorausgehenden Dienstes als eine nothwendige Voraussetzung für die Auffassung einer Gegenleistung als Lohn (*merces*) halten möchte, will es uns bedünken, als trete man mit jener Interpretation zu Paulus in einen Gegensatz; denn der Jurist lässt die Unbeschränktheit bezüglich der Quantität ja gerade nur unter der Voraussetzung zu, dass die *qu.* Leistung als Schenkung angesehen werde; nun aber erklärt man dieselbe für eine *merces*, somit wie schon aus der Natur der Sache, dann aber auch besonders aus l. 19. § 1. D. eod. tit. hervorgeht, für das gerade Gegentheil einer Schenkung. Jene Interpretation und Lesart erscheint aber in noch höherem Grade als unzulässig, wenn man wie Savigny (Syst. IV. S. 98) annimmt, dass die Veränderung des Ausdrucks den Sinn nicht ändern sollte, sondern lediglich wegen Derogation der *lex Cincia* vorgenommen worden sei.

Hieraus dürfte erhellen, dass die Lesart *nam* nicht nur der Lesart *non* nicht vorzuziehen, sondern sogar zu verwerfen ist, weil sie zu sehr bedenklichen Consequenzen führt; damit fällt aber eine der Hauptstützen der Ansicht, dass die remuneratorische Schenkung auf einem onerosen Titel beruhe, da man sich hienach nicht mehr darauf berufen kann, dass sie in der vorliegenden Stelle als *merces* bezeichnet werde.

Schliesslich haben wir noch zweier, wie uns scheint, nicht ganz gelungener Erklärungsversuche zu gedenken. Liebmann, der auch die Lesart *non merces* annimmt, scheint gefühlt zu

haben, dass die bei den Vertheidigern dieser Lesart (vergl. z. B.: Arndts § 83) gewöhnliche Auffassung der Stelle, wornach der Satz quod — placuit die Irrevocabilität begründen soll, der jetzigen Gestalt unseres Fragments nicht entspricht; er sucht nun (S. 58 fg.) dieselbe dadurch zu ermöglichen, dass er den Satz non merces eximii laboris appellanda est als eine Interjection, und in Folge dessen als nur parenthetisch eingefügt betrachtet, wesshalb derselbe mit den ihn umgebenden Worten in keinem directen Zusammenhang stehe; so gelangt er allerdings zu dem Resultat, dass der Causalsatz sich unmittelbar an die Worte irrevocabilis est anschliesst. Es scheint uns jedoch, als ob der damit dem Leser zugemuthete Sprung die Grenze des Erlaubten und Möglichen überschreite; Liebmanns Erklärung wäre sehr plausibel, wenn die angebliche Parenthese ein Zusatz der Compilatoren wäre und man annehmen dürfte, sie hätten dieselbe nur eingefügt, um gelegentlich vor einer falschen Charakterisirung der fraglichen Gabe zu warnen. Allein jener Satz stand ja von Anfang an als wesentlicher Theil in der Stelle, wenn er auch in ihrer ersten Fassung eine andere Function hatte als in der jetzigen; ferner haben wir bereits oben bemerkt, dass gerade die Entscheidung der Streitfrage uns als der Hauptgrund für die Aufnahme der Stelle in die Compilation erscheint, und wir erblicken gerade darin auch den von Cujacius und Schildener vermissten Rechtfertigungsgrund für die Vornahme der Aenderung, neben welchem wir allerdings unten (§ 7, I) noch einen weiteren aufführen zu können glauben. In dem Zwange, der damit der ganzen Stelle, besonders wenn man dabei die frühere Form nicht ganz ausser Augen verliert, angethan wird, liegt unserer Ansicht nach der Hauptgrund zur Verwerfung der Liebmann'schen Erklärung.

Eine ganz eigenthümliche Auffassung unserer Stelle aber findet sich bei Pinellus (S. 373 fg.); derselbe vertheidigt die Lesart der Vulgata und glaubt die dadurch gegebene Charakterisirung der fraglichen Remuneration als einer merces dadurch erklären zu können, dass er supponirt, die Betheiligten

hätten im Voraus ausgemacht, dass der Eine den Andern aus der Lebensgefahr retten solle und auf Grund dieser Verabredung wäre die Remuneration gegeben worden; hiebei beruft er sich besonders darauf, dass in l. 9. § 1, i. f. D. quod metus causa 4,2 ein analoger Fall besprochen sei; aber eine genaue Vergleichung beider Fragmente hätte ihn von der Unrichtigkeit seiner Erklärung überzeugen können (cf. unten § 4, Not. 16).

III. l. 19. § 1. D. de donat 39,5 (Ulpianus libro LXXVI ad edictum):

Labeo scribit extra causam donationum esse talium officiorum mercedes, utputa si tibi affuero, si satis pro te dederò, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris.

Diese Stelle wird vielfach²⁸⁾ dahin verstanden, dass sie die von Jemand für ihm geleistete Dienste freiwillig gegebene Belohnungen allgemein als ausserhalb des Gebietes der Schenkung liegend bezeichne; hierauf basirend finden dann die betr. Autoren, je nach ihrem sonstigen Standpunkt bezüglich der remuneratorischen Schenkung, in der Stelle entweder einen weiteren Beleg für ihre Theorie von der onerosen Natur einer solchen oder aber sie scheiden die in der Stelle aufgeführten Fälle aus dem Bereiche der Schenkung aus, weil dabei der Geber die Remuneration als Bezahlung der ihm geleisteten Dienste betrachtet und ihm deshalb der animus donandi (cf. hierüber § 4) gefehlt habe.

Im Gegensatz hiezu sieht die Glosse (ad h. l.) und eine Anzahl von Autoren, wie Bartolus (ad h. l.), Dionys. Gothofredus (ad h. l.), Pufendorf (tom. II. obs. 5, § 8) und, wenn auch mit einigem Zögern, Meyerfeld (§ 7. Nr. 6. S. 55) in den Worten si tibi affuero — usus fueris eine Stipulationsformel zur Begründung eines Innominatcontrakts²⁹⁾. Hiegegen

²⁸⁾ Giphanius ad h. leg.; Jac. Gothofredus, de salario, c. 1. § 12; Schulting, de naturali obligatione c. 11; Henr. de Cocceji, de auctoritatis tit. I. § 11; Schilling. III, § 353 not. gg. u. Liebmann S. 41.

²⁹⁾ Die Grundform desselben scheint uns, nicht, wie Pufendorf meint, do ut facias, sondern facio ut des zu sein.

nun wird von Schilling eingewendet, dass, woran sich auch Meyerfeld stösst, die Worte „si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris“ nicht wie eine Stipulationsformel klingen, und ferner, dass „unter Voraussetzung einer Stipulation der Gedanke an eine Schenkung unmöglich mithin die ganze Bemerkung Labeo's höchst überflüssig sein würde.“ Was den ersten Einwurf betrifft, so scheint uns derselbe von geringerer Bedeutung zu sein; denn eben wenn es sich nur um eine Stipulationsformel handelt, kann dieselbe, auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft angewendet, durch Einsetzung der betr. Thätigkeit einen vollkommen concreten Inhalt bekommen³⁰⁾; der Jurist führt demgemäss in der Stelle nur eine allgemeine Formel zum Abschluss von Verträgen an, durch welche Leistungen, die nicht zu den *operae locari solitae* gehören, ausbedungen werden. Bezüglich des zweiten Einwands verweisen wir auf den § 5 desselben Fragments, in welchem gesagt ist, *stipulationes ob causam* enthielten keine Schenkung; daraus, dass Ulpian sich nicht damit begnügt hat, in § 1 die Ansicht Labeo's zu referiren, sondern für einen ähnlichen Fall ausdrücklich noch einmal dasselbe Princip proclamirte, dürfte hervorgehen, dass der Gedanke an eine Schenkung unter solchen Verhältnissen den Juristen doch nicht so fern gelegen und in Folge dessen auch der Satz Labeo's nicht so überflüssig gewesen sein muss, als Schilling annimmt.

Aus dem eben citirten § 5 will Liebmann ein weiteres Gegenargument gegen die Annahme, es seien die Worte des

³⁰⁾ Ein Beispiel hiefür wäre ein Vertrag, in welchem sich der eine Contrahent anheischig macht, den andern durch Empfehlung zu unterstützen; solche Verträge scheinen ziemlich häufig vorgekommen zu sein, besonders zum Zwecke der Erlangung von Staatsämtern durch Empfehlung beim Kaiser (*contractus suffragii*: l. un. C. de suffragio 4,3), bis Justinian gegen diesen letzteren Missbrauch einschritt (Nov. 8. c. 1. Nov. 161). Ein weiteres Beispiel wäre das Versprechen einer Belohnung für Heirathsvermittlung, welches zwar durch l. 6. C. de spons. 5,1 für ungiltig erklärt wurde, aber heutzutage doch giltig abgeschlossen werden kann, weil diese Constitution nicht glossirt ist; so auch ein Urtheil des OAG. zu Lübeck in Seuff. Archiv XIV, 124.

§ 1 als Stipulationsformel anzusehen, entnehmen, indem er das Wort *hae* (*stipulationes*) betont und sagt, da dasselbe, wie allerdings nicht bezweifelt werden kann, auf den folgenden Satz *quae ob causam fiunt* zu beziehen sei, so liege darin ein Beweis, dass im vorausgehenden Theile der Stelle an keine Stipulation gedacht sei. Allein er hat dabei nur übersehen, dass die Stelle nicht mit den Worten „sed *hae stipulationes*“, sondern mit „sed et *hae stipulationes*“ beginnt; jedes „auch“ ist nun nach allgemein logischen Begriffen durch ein vorauszu- denkendes „nicht nur“ zu erklären; da aber im ganzen voraus- gehenden Theil des Fragments ausser in unserm § 1 gar Nichts einer Stipulation ähnliches vorkommt, so finden wir im § 5 gerade einen Beweis für die von Liebmann verworfene Ansicht, da uns § 5 sagt: Nicht nur die Stipulationen, von welchen in § 1 die Rede ist, sondern auch die *ob causam* enthalten keine Schenkung. Von Bedeutung für die hier vertheidigte Ansicht dürfte endlich auch der Umstand sein, dass in § 1 die Zeit- wörter alle die Form des Futurum haben, also gerade wie es bei Stipulationen naturgemäss gebräuchlich war, und nicht die des Perfectum, welche ohne stipulatorische Bedeutung zu er- warten wäre.

IV. In l. 25. § 11. D. de her. pet. 5,3 (Ulpianus libro XV. ad Edictum) findet sich folgender Passus:

Plane si ἀντίδοχα [remunerations] acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos (sc. bonae fidei possessores hereditatis), quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis.

Der letzte Satz hievon war von jeher ein willkommener Anlass zur Aufstellung der Behauptung, dass die remuneratorische Schenkung eine onerose Leistung sei, da dieselbe hier einem Tausche gleichgestellt werde, und doch liegt nichts weniger als eine solche Ansicht unserem Satze zu Grunde. Würde ja doch diese Auffassung dazu führen, dass die rechtliche Natur derjenigen Leistung, welche die Veranlassung zur Remuneration war, ex post geändert würde, eine Consequenz übrigen, gegen welche sich sogar Meyerfeld § 19,¹⁶ (S. 370)

und Vangerow § 125 Anm. (I. S. 182) nicht ganz ablehnend verhalten, ohne jedoch des Näheren zu erklären, wie sie trotzdem noch die remuneratorische Schenkung unter die Rechtsgeschäfte *ex titulo lucrativo* rechnen können, ohne den Beweis für die Möglichkeit einer solchen nachträglichen Umwandlung zu liefern und ohne zu beachten, dass „das *invicem sibi donare* immer aus zwei Rechtsgeschäften besteht, nicht wie der Tausch aus einem einzigen“³¹⁾.

Aber auch der Worlaut der Stelle zeigt, dass der Jurist das gar nicht sagt und sagen will, was man aus seinen Worten herausliest; es heisst ausdrücklich *velut genus quoddam hoc esset permutationis*, „gerade als wenn es eine Art Tausch wäre.“ „Man kann sich kaum vorsichtiger ausdrücken, um eine blossе Aehnlichkeit zu bezeichnen; an eine wahre *permutatio*, also ein *negotium* dachte Ulpian nicht; er wollte nur andeuten, dass die handelnden Personen bei ihren gegenseitigen Geschenken etwas Aehnliches empfanden wie bei einem Tausch“³²⁾. Verfolgen wir diesen Gedanken Savigny's weiter und untersuchen wir, was es wohl mit dieser „blossen Aehnlichkeit“, diesem „etwas Aehnliches empfinden, wie bei einem Tausch“ für eine Bewandtniss habe, so gelangen wir zu dem Resultate, dass zwischen beiden Rechtsgeschäften, dem Tausche und der remuneratorischen Schenkung, allerdings insofern, als der einen Leistung eine andere, mehr oder minder gleiche, entspricht, also im ökonomischen Effect eine Aehnlichkeit besteht. Dass dies aber auf die juristische Construction keinerlei Einfluss üben kann³³⁾, dürfte wohl mit Recht behauptet wer-

³¹⁾ Ed. Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts, Bonn 1853, §. 106, Note 12 (S. 367).

³²⁾ Savigny, System IV, S. 93, § 153 not. k.

³³⁾ Für eine solche Auffassung der Schlussworte spricht auch noch der, bereits von Stryk, *de benemeritis* c. 3. § 14 u. Rümelin, th. 11 hervorgehobene Umstand, dass *permutatio* häufig ohne besondere technische Bedeutung bei gegenseitigen Leistungen gebraucht wird. (arg. l. 20. § 3. D. fam. ercisc. 10,2; l. 77. § 18. D. de leg. II^o.)

den, umsomehr als die Absicht der Parteien nicht auf die Vornahme eines Tausches, sondern eben auf Vornahme einer Schenkung gerichtet ist.

Ein weiterer Beweis von nicht zu unterschätzender Bedeutung dürfte in der Stelle selbst liegen; der Jurist sagt, die Empfänger seien um den Betrag des Empfangenen bereichert (*eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt*); beim wirklichen Tausche aber liegt eine Bereicherung nur vor, wenn und soweit der Werth der einen Leistung den der andern übersteigt. Soll aber, wie hier, die ganze Gegenleistung den Betrag der Bereicherung bilden, so kann auch der Vorgang nicht ein wirklicher Tausch sein; damit dürfte der Theorie, welche aus dieser Stelle die onerose Natur der remuneratorischen Schenkung ableiten will, nicht nur das auf dieselbe gegründete Argument entzogen, sondern zugleich auch ein Gegenargument gegenübergestellt sein.

V. Weiter wird viel Gewicht gelegt auf l. 7. § 2. D. de donat. int. vir. et ux. 24,1 (Ulpianus libro XXXI. ad Edictum):

Si vir et et uxor quina invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit, compensationem fieri donationum; et hoc Divus Hadrianus constituit.

Auf dieses Fragment stützt man³⁴⁾ sehr häufig die Behauptung, die remuneratorische Schenkung habe die Bedeutung und die Wirkung einer Compensation vorausgegangener merita. Es ist jedoch vor Allem zu bemerken, dass diese Stelle anerkanntermassen³⁵⁾ von einer gegenseitigen Schenkung (*donatio mutua* oder *reciproca*) spricht, wobei es sich also nicht, wie bei der remuneratorischen, um eine nachherige Belohnung für vorausgehende Schenkungen oder Dienste, sondern um

³⁴⁾ Garsias, Nr. 7; Rümelin th. 57; Frembgen (Harprecht) § 4.

³⁵⁾ Pinellus Nr. 62, Andr. Fachineus, controversiarum iuris libri X, Coloniae Agrippinae 1604, l. 3. c. 80; Mühlenbruch § 443,¹⁶⁾ Seuffert § 465; Windscheid II, § 509,²⁶⁾

gleichzeitige³⁶⁾ gegenseitige Schenkung handelt³⁷⁾, und schon aus diesem Grund nicht allgemein auf die remuneratorische Schenkung bezogen werden kann, zumal da auch solche Schenkungen zumeist ohne Kenntniss von der gleichen Absicht der anderen Partei, also dann auch gewiss nicht mit Rücksicht auf dieselbe, wie es bei der remuneratorischen Schenkung erforderlich ist (cf. hierüber § 4), gemacht werden.

Zudem wird in der Stelle kein Wort davon gesagt, dass die eine Schenkung eine Compensation für die andere sei, also selbst bei Ausdehnung auf die remuneratorische Schenkung, dass die letztere eine Compensation des vorausgehenden meritum sei, sondern es heisst, die beiden Schenkungen würden compensirt. Liegt schon hierin ein Beweis dafür, dass die eine wie die andere behandelt wird, also beide als Leistungen ex titulo lucrativo erscheinen und demnach die zweite nicht einen onerosen Charakter hat, so ergibt sich das Letztere ferner auch dann, wenn man den Zusammenhang in's Auge fasst, in welchem sich die vorwüfliche Stelle findet, und darnach untersucht, wie man überhaupt zur Annahme einer Compensation kam. Eigentlich sind Schenkungen unter Ehegatten nichtig und kann das auf Grund einer solchen Gegebene condicirt werden, damit nicht der eine Ehegatte die Liebe des andern ausnütze und sich zu dessen Nachtheil bereichere. Da aber im Falle unserer Stelle beide Schenkungen einander gleich sind, darum auch von einer ökonomischen Schädigung eines der beiden Ehegatten keine Rede sein kann, so soll nicht beiden Parteien

³⁶⁾ Meyerfeld § 19,²⁵ (S. 372) meint, es müssten diese Schenkungen doch wohl zu verschiedenen Zeiten gemacht worden sein, denn „sonst wäre es ein blosses Geldwechseln“; hiegegen dürfte zu bemerken sein, dass die Parteien immerhin die Absicht haben, sich gegenseitig zu beschenken, und ferner, dass sie diese Absicht möglicherweise dadurch zur Ausführung bringen können, dass sie sich verschiedener Münzsorten und zwar gerade solcher bedienen, für welche die zu beschenkende Person besondere Vorliebe besitzt; überdies zwingt die Stelle keineswegs zu der Annahme, dass beide Parteien sich gerade Geld schenkten.

³⁷⁾ Tiraquellus Nr. 94; Carpzov p. II. constit. 13. def. 2. Nr. 1 u. 2, u. def. 4 Nr. 4. Schilter, exerc. 43. § 3.; Rümelin th. 82.

— wie es der ordnungsgemässe Gang erheischen würde — eine *condictio* gewährt, sondern vielmehr von vornherein die beiderseitigen, so wie so gleichen Leistungen compensirt werden, da hiedurch ohne weitere Umschweife dasselbe ökonomische Resultat erreicht, also auch gegen die dem Schenkungsverbote zu Grunde liegende *ratio legis* nicht verstossen wird (arg. l. 32. § 14. D. eod. tit.)³⁸⁾; nicht also, weil ein *debitum aliquod* vorliegt, wie Zoesius (ad l. 24. tit. 1. Dig. Nr. 16) und Andere annehmen, sondern weil Forderungen (auf Rückgabe der Schenkungen) von gleichem Betrage einander gegenüberstehen, hat die *ratio legis* hier keine Anwendung finden können. (Vergl. auch unten § 5. I. ad 3).

VI. L. 10. § 13. D. mandati 17,1 (Ulpianus libro XXXI. ad Edictum):

Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem; multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor vel si eam liberationem legavit.

L. 12. pr. eod. (Ulpianus eod.) fährt fort: Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum.

Diese Stellen, welche unzweifelhaft zusammengehören, wie auch schon ihre gemeinschaftliche Quelle zeigt, werden gewöhnlich³⁹⁾ dahin ausgelegt, dass in denselben ein Unterschied zwischen der einfachen (reinen) und der remuneratorischen Schenkung anerkannt sei, indem bei der letzteren, nicht aber bei der ersteren dem Bürgen eine *actio mandati* (*contraria*) gegen den Hauptschuldner gewährt werde, wenn ihm der Gläubiger die Schuld schenkungsweise erlassen. Dieser Auffassung hul-

³⁸⁾ Vergl. hiezu Hofacker § 471 u. Seuffert § 465.

³⁹⁾ cf, Frembgen § 11 (Nr. 30), C. F. Reinhardt, vermischte Aufsätze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft, drittes Heft: die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere, Stuttgart 1827, § 108; G. Chr. Burchardi, Lehrbuch des römischen Rechts, Stuttgart 1841—1846, § 266. Herm. Aug. Schwanert, die Naturalobligationen des Römischen Rechts, Göttingen 1861, S. 104 u. 105.

digen auch die Basiliken (l. 14. tit. 1. th. 10. — Heimbach, II. p. 90), die aber auch zugleich das Wort principaliter mit ἀπλῶς, also = simpliciter, übersetzen und dadurch einen Gegensatz zwischen der einfachen (reinen) und remuneratorischen Schenkung, der, wie später zu zeigen ist, nicht in der Stelle liegt, in dieselbe hineintragen.

Eine andere Erklärung, welche übrigens viele richtige Beiträge zur Interpretation bringt, sucht Schildener (S. 41 und 42) zu geben; er sieht in dem Falle der ersten Stelle einen Erlass des geschuldeten Geldes selbst, welches der Gläubiger klagweise vom Bürgen erlangen könnte, in dem der zweiten dagegen einen Erlass der ihm aus der Verbürgung gegen den Bürgen zustehenden actio ex stipulatu. Für diese Ansicht dürfte sich in beiden Stellen kein weiterer Anhaltspunkt finden, als dass in der ersten acceptum facere, in der zweiten actionem remittere gebraucht ist: nun kann aber auf dem Wege der acceptilatio, die ja eine der Formen für die remissio debiti ist (Gai III, § 169), nichts weiter als eine Beseitigung und Aufhebung der actio erzielt werden; somit sagen beide Ausdrücke dasselbe und kann deshalb die Abwechslung zwischen beiden nicht dazu verwendet werden, um darauf eine Verschiedenheit beider Fälle zu gründen.

Viel einfacher und einleuchtender dagegen ist die bereits von Pinellus (Nr. 62 (S. 376)) gegebene und neuerdings, wie es scheint, unabhängig von diesem, in der Recension von Schildener's Schrift⁴⁰⁾ angebahnte, von Savigny (Syst. IV. S. 90 fg.) erörterte und auch von Heimbach (Rechtslexicon IX. S. 658) und Windscheid (§ 368,¹¹⁾ adoptirte Erklärung, dass es sich in beiden Stellen nur um die Frage drehe, welchen der beiden Beteiligten (den Hauptschuldner oder den Bürgen) der Gläubiger habe bevorzugen, welchem der Beiden er durch seine Schenkung eine Vermögenszuwendung habe machen wollen.

Hiebei wird besonderes Gewicht darauf gelegt, dass der Jurist in l. 10. cit. von einer Remuneration nur exemplificirend

⁴⁰⁾ in Chr. G. Hübner und C. A. Tittmann, Bibliothek kleiner juristischer Schriften, 3. Bd. 1. Heft, Leipzig 1802, S. 59 u. 60,

spreche (*puto, si fideiussorem remunerari voluit*), „jedoch so wenig in der Absicht, diesem Merkmal eine ausschliessende Kraft beizulegen, dass er selbst vielmehr noch einige andere, sogar noch entscheidendere, hinzufügt“ (*multo magis — legavit*) (Savigny, Syst. IV. S. 91). In der zweiten Stelle nun benütze er dann, wie schon Schildener bemerkt, das erstgewählte Beispiel (*fideiussorem remunerari*) statt des allgemeineren Ausdrucks *fideiussori donare*, — ein Umstand, der vorzugsweise die Ansicht hervorgerufen hat, dass damit zu dem folgenden *principaliter donando* ein Gegensatz geschaffen und die letzteren Worte als gleichbedeutend mit *simpliciter donando* aufgefasst werden wollten, was noch dazu dem Basilikentext entsprechen würde; allein für eine solche Bedeutung von *principaliter* lassen sich keinerlei Belegstellen anführen; dasselbe gilt aber von der von Savigny gegebenen Uebersetzung unserer Stelle: wenn der Erlass nicht auf einer Wiedervergeltung, sondern auf einem selbständigen Entschlusse beruhe. Auch der Versuch einer Erklärung, den Osvaldus Hiliger⁴¹⁾ macht, indem er *principaliter* auffasst als gleichbedeutend mit *habita ratione obligationis principalis potius quam fideiussoris*, dürfte an derselben Klippe scheitern.

Der in diesem Worte liegenden Schwierigkeit entgeht allerdings die schon erwähnte Recension von Schildeners Dissertation, wo *principaliter* zu *remisit* gezogen und mit diesem Wort zusammen dem *fideiussori donationis causa* der l. 10. § 13 gegenübergestellt wird; allein dies konnte nur geschehen unter Vernachlässigung und Auslassung des Wortes *fideiussori* vor *remisit*, ein Fehler, der diese Erklärung ebenfalls unannehmbar macht.

Der einzig richtige Ausweg⁴²⁾ scheint darin zu liegen, dass man sich der oben angezogenen Bemerkung Schildener's erinnert, dass nemlich in l. 12. pr. das specielle Beispiel (re-

⁴¹⁾ Donellus enucleatus, Jenae 1611, ad libr. cap. 13. not. J.

⁴²⁾ Vergl. zum Folgenden Meyerfeld, § 13, Nr. 13 (S. 204 fg.).

munerandi causa) an Stelle des allgemeineren Ausdrucks (fideiussori donare) gesetzt ist und dass also, richtig betrachtet, das principaliter donare nicht dem remunerandi causa donare, sondern einem fideiussori donandi causa gegenüberzustellen ist. So gewinnt das Wort principaliter seine gewöhnliche Bedeutung „hauptsächlich“, „überhaupt“, „im Allgemeinen“ (cf. l. 4 § 2. D. de his qui not. 3,2; l. 7. § 1. D. de iniuriis 47,10) wieder und l. 12. pr. sagt uns dann: Wenn aber der Gläubiger nicht ausdrücklich zu Gunsten des Bürgen, z. B. zum Zwecke einer Remuneration an denselben, sondern überhaupt, im Allgemeinen (ohne ausdrücklich Jemand zu bevorzugen) schenkungsweise auf seinen Anspruch gegenüber dem Bürgen verzichtet hat, so hat der Letztere keine actio mandati (contraria) gegen den Hauptschuldner.

Nach dem Gesagten ergibt sich als Lehre Ulpians Folgendes: Gibt der Gläubiger den Bürgen frei und zwar um ihn selbst dadurch zu bereichern (was dann anzunehmen ist, wenn er ihm etwas vergelten oder ihm eine Schenkung von Todeswegen machen will oder ihm die Befreiung vermächtnissweise gewährt), so hat der Bürge eine actio mandati aus seiner Verbürgung gegen den Hauptschuldner, weil in einem solchen Falle anzunehmen ist, dass der Gläubiger den Bürgen so behandelt wissen will, als hätte Letzterer ihn aus seinem Vermögen befriedigt und dadurch eine actio mandati contraria auf Ersatz der geschuldeten Summe gegen den Hauptschuldner erworben (arg. l. 12. § 1. D. eod. tit.) Verzichtet aber der Gläubiger nicht aus einem solchen Grunde und nicht unter Verhältnissen, die eine Begünstigung des Bürgen alsbald erkennen lassen, sondern im Allgemeinen auf seinen Anspruch, so wird dem Bürgen keine actio mandati gewährt, d. h. der Verzicht dann dem Hauptschuldner zu gute gerechnet.

Nicht zu fürchten dürfte der Einwand sein, dass sich nicht ersehen lasse, warum im letzteren Falle der Verzicht dann überhaupt dem Bürgen und nicht dem Hauptschuldner gegenüber ausgesprochen werde; denn abgesehen davon, dass die Verhältnisse des einzelnen Falles gerade so gelagert sein

können, dass der Gläubiger das Erstere vorzieht, so ist doch auch der Bürge bei der Sache insofern interessirt, als er durch die Aufgabe des Anspruchs Seitens des Gläubigers von seiner eventuellen Haftung befreit wird.

VII. L. 10. § 7. D. de in rem verso 15,3 (Ulpianus libro XXIX. ad Edictum):

Si domini debitor sit servus, et ab alio mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet; quod excedit, vertit. Proinde si, quum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta creditori eius solverit vel familiam exhibuerit, dicendum erit, de in rem verso in decem competere actionem aut, si tantundem debeat, nihil videtur versum; nam ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum. Et ideo sive debitor fuit domino, quum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum, idemque et si solverit ei. Plus dicit, etsi tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum, si vero alias donavit, durare versum.

Von diesem Fragment interessirt uns besonders der letzte Theil (plus dicit — durare versum); der Fall der Stelle ist folgender: Ein Sklave hat ein Darlehen aufgenommen und vermittelst desselben, im Effecte also mit Mitteln seines peculium, da ja die Darlehensschuld ein Passivum desselben ist, einen Gläubiger seines Herrn befriedigt. Schenkt nun der Herr dem Sklaven den Betrag der von ihm geleisteten Zahlung, so soll ein Unterschied bestehen, je nachdem er remunerandi animo oder alias geschenkt habe, indem er erstern Falls nicht mehr als durch die Bezahlung seiner Schuld bereichert betrachtet und daher auf seiner Seite keine in rem versio mehr gefunden werden könne, während im zweiten Falle das Gegentheil angenommen wird.

Dieser Unterscheidung sucht Liebmann (S. 18 fg.) auf folgende Weise gerecht zu werden; er supponirt zunächst, jedoch, wie uns scheint, ohne allen Grund, dass der Sklave die Zahlung in Schenkungsabsicht, lediglich um seinem Herrn eine

Freude zu machen, geleistet habe; nun schenke der Herr, auch wieder lediglich um den Sklaven zu erfreuen, demselben den gezahlten Betrag, und in diesem Falle bleibe die in der Bezahlung der Schuld des Herrn durch den Sklaven liegende in rem versio bestehen, aber nur deshalb, weil diese Schenkung nichtig sei in Folge der Stellung des Sklaven zu dem Herrn. Wenn dagegen der Herr dem Sklaven eine Zuwendung mache, um die in Folge der Bezahlung seiner Schuld eingetretene Verminderung des peculium wieder auszugleichen, so höre damit die in rem versio auf, da diese Zuwendung giltig sei, weil sie nur ein munus munere compensare bezwecke und demzufolge keine donatio (remuneratoria) sei. An dieser Erklärung will uns zunächst nicht klar werden, wie man in einem Athem sagen kann, es werde gegen ein munus ein anderes gegeben und das habe keineswegs den Charakter einer donatio remuneratoria, obgleich, wie schon bemerkt, Liebmann annimmt, die Schenkung des Herrn an den Sklaven sei mit Rücksicht auf die (von demselben Autor in der Bezahlung der Schuld des Herrn gefundene) frühere Schenkung des Sklaven an den Herrn erfolgt, ein Umstand, welcher derselben alsbald den Charakter einer remuneratorischen Schenkung verleihen müsste. Ferner scheint uns die Behauptung Liebmann's, dass die Schenkung des Herrn, wenn sie nicht remunerandi animo erfolge, nichtig sei, in unserer Stelle keinerlei Stütze zu haben; die Schenkung führt eben zu einer einfachen Vergrößerung des peculium, ohne das durch die Bezahlung der Schuld geschaffene Verhältniss irgend zu afficiren, und fällt nicht, wie dieser Autor meint, extra peculium (wobei uns auch nicht gesagt wird, wie es komme, dass der Sklave doch berechtigt sei, die Schenkung für Bestreitung seines Unterhalts und Anschaffung von Kleidern zu verwenden). Endlich aber suchen wir vergeblich nach einem Grunde, der erklären könnte, warum eine remunerandi causa gemachte Schenkung von selbst in's peculium falle, dagegen nicht eine ohne solchen Anlass gegebene Schenkung.

Obgleich wir so mit der Auffassung dieser Stelle, wie sie im Bisherigen dargestellt wurde, in keiner Weise überein-

stimmen, so kommen wir doch zu demselben Resultat als Liebmann, dass nämlich in der Stelle von keiner wirklichen *donatio remuneratoria* die Rede sei, und zwar aus folgenden Gründen. Zwischen dem Herrn und dem Sklaven kann wegen mangelhafter Rechtsfähigkeit des Letzteren nur eine *obligatio naturalis* entstehen, der jedoch nur die *actio* mangelt⁴³). Wenn nun der Sklave für seinen Herrn einen Aufwand mit Mitteln seines *Peculiums* macht, so erwirbt er aus dieser *negotiorum gestio* gegen denselben einen Anspruch, der allerdings, weil nur *iure naturali* begründet, nicht klagend geltend gemacht werden kann, aber doch die Fähigkeit besitzt, Gegenstand einer Compensation, einer Novation oder einer Verpfändung u. s. w. zu werden. Macht nun der Herr mit Rücksicht hierauf dem Sklaven eine dem verwendeten Betrage gleichkommende Schenkung, so erfüllt er mit dieser Leistung nur eine ihm obliegende *naturalis obligatio* und kann der Umstand, dass sie in das Gewand der Schenkung gekleidet ist, ihr den Charakter einer *solutio* keineswegs nehmen. So sehen wir auch in dem Falle dieser Stelle ebenso wie bei l. 27. cit. nur eine onerose Leistung in der blossen Form der Schenkung als gegeben, nicht aber eine wirkliche (*remuneratorische*) Schenkung in dem Sinne, wie wir eine solche auffassen (vergl. oben Nr. I und unten § 4); auch Meyerfeld (§ 26,¹⁶ II, S. 151 und 152) legt der Leistung des Herrn die Absicht zu Grunde, dem Sklaven „die *versio* zu vergüten“ und sagt an einer andern Stelle (§ 19, I. S. 385) gerade mit Bezugnahme auf unser Fragment: „In einigen Stellen erklärt sich der Sinn des *remunerari* lediglich aus dem Zusammenhange des ganzen Satzes.“

In gleicher Bedeutung, wie in der vorliegenden Stelle (und in l. 27. cit.) ist *remunerari* (auch in der Form *remunerare*) gebraucht in l. 6. pr. D. *mandati* 17,¹ l. 7. eodem; l. 5. § 2. C. de *necessariis servis hered. instit.* 6,²⁷, wo sogar von einer *debita remuneratio* gesprochen wird; vgl. hieher auch die oben in Note 16 abgedruckte Basilikenstelle (l. 47. tit. 1. th. 26). Nicht unwichtig

⁴³) Savigny, *Obligationenrecht* § 8 (I. S. 49) u. § 10 (I. S. 59 und 60).

für diese Frage dürfte auch die Bedeutung von munus, des Stammworts von remunerari, sein; nach l. 18. D. de V. S. 50,¹⁶ (Paulus) enthält munus die drei Elemente donum, onus und officium und nach l. 214. D. eod. (Marcianus) ist noch nicht jedes munus auch ein donum, wohl aber fällt jedes donum unter den Begriff des munus. Ulpianus (l. 194. D. eod.) spricht sich zwar im Gegensatz hiezu dahin aus, dass donum der generelle und munus der specielle Begriff sei; allein im Zusammenhalt mit den übrigen citirten Stellen ziehen wir die von Paulus und Marcianus vertretene Ansicht vor.

§ 3.

3) Die sog. obligatio antidoralis oder naturalis obligatio ad remunerandum.¹⁾

Auf Grund einer angeblichen naturalis obligatio ad remunerandum, welche auch als obligatio antidoralis bezeichnet wird, soll derjenige, dem ein Geschenk gemacht, eine Wohlthat erwiesen oder ein Dienst geleistet worden ist, zur Remuneration seinem Wohlthäter gegenüber verpflichtet sein, eine

¹⁾ Vergl. zum Folgenden: Hugo Donellus, commentarii in ius civile, edid. J. Christ. Koch, continu. Car. Bucher, Norimbergae 1805—1826, l. 12. cap. 2; Hilliger, Donellus enucleatus, ad l. 12. cap. 2; Schulting, de naturali obligatione; Henr. de Cocceji, de antidoris; A. D. Weber, systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, 4. Aufl., Schwerin und Wismar 1805; Alex. Felix Lelièvre, responsio ad quaestionem iuridicam, quid sit obligatio naturalis, Lovanii 1827. W. Francke, civilistische Abhandlungen, Göttingen 1826 (S. 68 fg.); C. Büchel, civilrechtliche Erörterungen, Bd. II, Marburg 1839; Reinhardt, die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere; C. Christiansen, zur Lehre von der naturalis obligatio und conditio indebiti, Kiel 1844; Savigny, das Obligationenrecht; Brinz, kritische Blätter civilistischen Inhalts, Erlangen 1852, Nr. 3; v. Scheurl, „die römischen Naturalobligationen“ in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. VII. S. 318—355; A. Erxleben, die conditiones sine causa, 1. Abth. Leipzig 1850, 2. Abth., Göttingen 1853; Schwanert, die Naturalobligationen des römischen Rechts; Sigism. Laskowicz, de vi ac natura obligationis naturalis deque nonnullis quaestionibus ab ea pendentibus, Berolini 1870.

Behauptung, die besonders auf l. 25. § 11. D. de hered. petit. 5,³ und l. 54. § 1. D. de furtis 47,² basirt.

In der ersteren Stelle sagt Ulpian, es solle der bonae fidei possessor hereditatis nicht schon dann als bereichert gelten, wenn er aus der Erbschaft eine Schenkung gemacht und sich dadurch den Donatar ad remunerandum naturaliter obligirt sondern erst dann, wenn er auch wirklich eine Remuneration erhalten habe. Demnach ist auf die hiedurch erworbene naturalis obligatio bei der Restitution der Erbschaft keine Rücksicht zu nehmen, da nach l. 20. § 6. eod. der bonae fidei possessor nur soweit haftet, als er zur Zeit der Herausgabe durch den Besitz der Erbschaft bereichert ist, eine solche naturalis obligatio aber nicht als Bereicherung betrachtet werden soll. Hält man dies zusammen mit der Bestimmung der l. 1. § 17, D. ad leg. Falcid. 35,², wornach auch die naturales obligationes in die Erbschaft einzurechnen sind, so entstehen jedenfalls Zweifel und Bedenken über die rechtliche Natur der hier fraglichen naturalis obligatio.

Zwar wird, was Ulpian in l. 25. § 11. cit. ausdrücklich aus dem Gebiete der Bereicherung ausschliesst, nämlich das ex alieno largiri und die dadurch erworbene Aussicht auf ein Gegengeschenk, also eben die naturalis obligatio ad remunerandum, von Gaius in l. 54. § 1. cit. geradezu als Bereicherung betrachtet, ohne dass jedoch zwischen Beiden ein wirklicher Widerspruch bestände; denn der Zusammenhang, in welchem sich die letztere Stelle findet, lässt klar ersehen, dass wir es in derselben zu thun haben mit einer exceptionellen absichtlichen Ausdehnung des Begriffs *lucrum* (Bereicherung) soweit, dass auch das ex alieno largiri darunterfällt, und zwar wird diese vorgenommen, wenn wir mit den Worten des § 14. J. de action. 4,⁶ sprechen dürfen, *plane odio furum, quo magis actionibus teneantur*. Der Unterschied beider Stellen besteht also darin, dass Ulpian von einem bonae fidei possessor, Gaius von einem *fur* spricht; Ersterem kann das im donare liegende *perdere* (arg. l. 11. § 6. D. de minor. 4,⁴ l. 23. pr. l. 25. § 11. D. de her. pet. 5,³ l. 7 pr. D. de donat. 39,⁵) nicht als

culposes Handeln angerechnet werden, wohl aber dem Letzteren, der ja in mala fide ist; der Unterschied beider Entscheidungen ist somit einfach auf die Verschiedenheit der Grundsätze über die Haftung des bonae fidei possessor und des malae fidei possessor zurückzuführen. Daraus folgt, dass unter regulären Verhältnissen die naturalis obligatio ad remunerandum nicht in die Erbschaft einzurechnen ist.

Neben den durch l. 1. § 17. D. cit. deshalb erregten Bedenken leidet die fragliche naturalis obligatio auch noch an anderen Mängeln; es fehlt ihr die zur Entstehung jeder naturalis obligatio gehörige „vollständige Obligationsform“, ohne welche nach Scheurl (a. a. O. S. 350) keine wirkliche natürliche Verbindlichkeit zu Stande kommen kann; wir vermissen „das Dasein einer gewöhnlichen causa obligationis“, welches nach Brinz²⁾ „die positive Voraussetzung der naturalis obligatio“ ist; es fehlt ihr jegliche Bestimmtheit in quali und in quanto, also die Existenz einer certa res debita und doch liegt es in der Natur und dem ganzen Recht der Obligation „ausschliesslich, unverteilbar und dem Wesen nach unveränderlich“, „eine Leistung als Ziel“ der Haftung zu enthalten³⁾. (arg. l. 94. l. 115. pr. de V.O. 45,1 l. 71. de legat. I^o, l. 69. § 4. de iur. dot. 23,3 l. 1. C. de dotis promiss. 5,11, Paul. R. S. III, 6. § 13. cf. Donellus lib. 14. c. 27. § 20.)⁴⁾.

²⁾ Pandekten § 133 a. E. (S. 578); vergl. auch krit. Blätter Nr. 3 S. 42 fg. u. S. 60.

³⁾ Brinz, „über den Begriff obligatio“ in Grünhut's Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht der Gegenwart, Bd. I. S. 26.

⁴⁾ Donellus lib. 12. c. 2. § 10 u. Hilliger ad h. l. Donelli wenden mit Berufung auf l. 19. D. de reb. cred. 12,1 u. l. 1. D. de donat. 39,5 weiter ein, dass die Intention der Parteien bei einer Schenkung eben auf eine Schenkung und nicht auf Begründung einer Obligation gerichtet sei und deshalb daraus keine naturalis obligatio entstehen könne. Aber für sich allein dastehend würde dieser Einwurf doch nicht ganz stichhaltig sein; denn wenn einmal, wie die Gegner behaupten, bestimmt wäre, dass eine Schenkung ipso iure den Empfänger, wenigstens naturaliter, zur Remuneration verpflichte, so würden sich die Parteien trotz entgegengesetzter Intention dieser Consequenz nicht entziehen können; allein unsere Quellen sagen

Trotz dieser, zum Theile schon von Donellus erhobenen Bedenken erklärt Rümelin (th. 21, 82 u. 97) die naturalis obligatio ad remunerandum für eine „perfecta ac plena“, verleiht ihr (th. 98) alle Eigenschaften einer vollwirksamen naturalis obligatio, so dass sie Ausschluss der condictio (also soluti rententio) zur Folge haben, als Basis für accessorische Obligationen (Novation, constitutum, Bürgschaft und Verpfändung) dienen und zur Compensation verwendet werden könne, und will auf Grund derselben sogar eine imploratio officii iudicis nobilis zulassen (th. 25). Dies ist ihm eben auch nur dadurch möglich, dass er die erwähnten Auseinandersetzungen Donell's in keiner Weise berücksichtigte, geschweige, dass er einen Versuch machte, dieselben zu widerlegen. Obwohl er die von seiner Ansicht abweichende Auffassung der l. 25. § 11. cit. durch die Glosse kennt (cf. th. 21), hält er es nicht der Mühe werth, seinen Standpunkt ausführlicher zu begründen, und baut auf den einfachen Ausdruck naturaliter obligaverunt ohne weitere Prüfung des Fundaments sein Gebäude von unhaltbaren Consequenzen auf. Selbst Frembgen, der sich vielfach auf ihn stützt und manche seiner oft sehr gewagten Behauptungen ohne Weiteres annimmt, ist ihm hierin nicht gefolgt und hat sich (§ 6, not. d) bezüglich der l. 25. § 11. cit. der Ansicht der Glosse und der Mehrzahl der Autoren angeschlossen.

In einzelnen Beziehungen gewähren auch einige neuere Autoren der allerdings „unbestimmten“ (Schweppe § 503), „höchst beschränkten“ (Francke, S. 68) naturalis obligatio ad remunerandum einen Einfluss, indem sie entweder daraus eine exceptio⁵⁾ gegen Klagen des donatars ableiten (Thibaut, Pandekten § 8, 9 und 499) oder eine solche wenigstens gegen die

eben auch das gerade Gegentheil, indem sie in l. 7. § 1. D. de in rem verso 15,3 u. l. 3. § 1. D. de obl. et act. 44,7 die Präsumtion aufstellen, dass wer schenkt, nicht obligiren wolle (donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere).

⁵⁾ Nach Büchel, Bd. II S. 64 ist dies eine exceptio doli, oder nisi naturaliter debeatur oder debitum fuerit.

Rückforderung einer den gewöhnlichen Schenkungsregeln zuwider gemachten Leistung gewähren (Schweppe a. a. O., Wenning-Ingenheim § 283, Mahir § 5; — durch des letztgenannten Autors Deduction könnte man übrigens eher für die gegentheilige Ansicht gewonnen werden —), oder aber, was zum Theile auf dasselbe hinauskommt, darauf den Ausschluss der Möglichkeit einer Rückforderung der einmal gemachten (remuneratorischen) Leistungen gründen (Francke a. a. O., Burchardi, § 218 (II,₃ S. 608—610), Laskowicz S. 52 und 87).

Was nun zunächst die von Thibaut behauptete exceptio betrifft, so ist in neuerer Zeit anerkannt, dass eine naturalis obligatio in der Regel überhaupt eine exceptio nicht erzeugt⁶⁾; demgemäss dürften mit seiner Behauptung auch die weiteren daran geknüpften Consequenzen zu verwerfen sein.

Aehnlich steht es mit der Aufstellung, dass die naturalis obligatio ad remunerandum die condictio ausschliesse, also zur soluti retentio⁷⁾ führe; dieselbe wird zumeist darauf gestützt, dass in l. 52 und l. 65. § 2. D. de cond. indeb. 12,₆ die Rückforderung einer in irrthümlicher Voraussetzung eines Remunerationsgrundes gemachten Schenkung ausgeschlossen wird, die soluti retentio aber die Hauptwirkung (unicus effectus nach Laskowicz S. 49, 50, 54, 60, 71 u. 84), ja sogar ein Kennzeichen („γνώρισμα“, „insigne“ nach Theophilus, paraphr. instit. ad § 1. J. de fideiuss. 3,₂₀) der naturalis obligatio sei. Allein wenn es auch richtig ist, dass es eine regelmässige Eigenschaft der Naturalobligationen ist — regelmässig, aber nicht ohne Ausnahme wie die Obligirung eines pupillus sine tutoris

⁶⁾ K. A. D. Unterholzner, quellenmässige Darstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausg. von E. Huschke, Leipzig 1840, Bd. I. S. 13 (§ 6), Brinz, krit. Bl. Nr. 3, S. 18 u. 19; auch Savigny führt unter den Wirkungen und Eigenschaften der obligatio naturalis (Obl.-R. Bd. I. S. 45) die exceptio nicht mit auf.

⁷⁾ Der quellenmässige Ausdruck hiefür ist solutum non repetere; soluti retentio bezeichnet Savigny (Obl.-R. § 8, not. b, I S. 45) als „nicht unrömisch gebildet“, aber nicht gebräuchlich.

auctoritate zeigt, l. 41. l. 13. § 1. D. de cond. indeb. 12,⁶ —, dass der Schuldner das einmal Gezahlte selbst im Falle eines Irrthums nicht mehr zurückfordern kann, so ist es jetzt doch allgemein anerkannt, dass vom Ausschluss der repetitio soluti nicht unbedingt und in allen Fällen ein Rückschluss auf die Existenz einer naturalis obligatio gemacht werden dürfe⁸⁾.

Auch wird in den citirten Stellen, in welchen allerdings die Möglichkeit einer condictio zum Zwecke der Rückforderung remuneratorischer Schenkungen ausdrücklich verneint wird — die oft (cf. Francke a. a. O., Mahir S. 7) ebenfalls hiefür angezogene l. 34 § 1 D. 39, 5 gehört nicht hieher, da die dort sanctionirte Irrevocabilität nicht nur nicht auf eine naturalis obligatio hinweist, sondern auf einen ganz anderen Grund zurückzuführen ist (s. hierüber § 7) —, als Grund hiefür nicht etwa das Vorhandensein einer naturalis obligatio angegeben, sondern vielmehr der Umstand, dass der Geber habe schenken wollen („quia donare volui“) ⁹⁾. Ja, diese Stellen sind so wenig im Stande, für die Existenz einer wirklichen naturalis obligatio ad remunerandum zu sprechen, dass es uns bedünken will, als ob mittelst derselben gerade das Gegentheil bewiesen werden könne; ihr Inhalt geht dahin, dass eine Schenkung, die in der Voraussetzung gemacht wurde, dass der Empfänger dem Geber früher eine Gefälligkeit oder gute Dienste erwiesen habe, selbst wenn diese Voraussetzung falsch ist, nicht zurückgefordert werden dürfe, eben weil geschenkt worden sei¹⁰⁾. Gäbe es

⁸⁾ Brinz, krit. Bl. Nr. 3 S. 26; Erxleben S. 149; Sintenis § 82,¹⁸ (II S. 13 und 14); C. G. Wächter, Handbuch des im Königreich Würtemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1839—1841, Bd. II § 68,⁶ (S. 481); Keller § 227; Schwanert S. 189; Puchta § 237 not. e.; F. C. Schmidt, Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher, Kiel 1855, § 46.

⁹⁾ Stryk, de benemer. c. 3. § 20. Sam. de Cocceji l. 12. tit. 6. qu. 5. Glück, XIII S. 95, Marezoll S. 33, Meyerfeld S. 379, Christiansen S. 38 und 39.

¹⁰⁾ Gegen eine solche Auffassung der vorliegenden Stellen polemisiert J. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Leipzig 1856 u. 1859, II S. 222, § 99,¹⁷ (zustimmend Gruchot, S. 174), jedoch ohne nähere Motivirung und unter einfacher Berufung auf Erxleben, I. S. 58 fg., wo sich aber im Allgemeinen die hier vertretene Auffassung fin-

nun überhaupt eine wirksame *naturalis obligatio ad remunerandum*, so müsste gerade in einem solchen Falle wegen irrthümlicher Annahme und Voraussetzung einer solchen die Rückforderung möglich sein, weil die gemachte Leistung dann ein *datum ex falsa causa* wäre. (arg. l. 23. pr. l. 47. l. 54. D. de cond. indeb. 12,6 l. 1. § 2. D. de cond. sine causa 12,7; vgl. Donellus, l. c., de Retes c. 3. Nr. 8, Meyerfeld S. 379, Heimbach, Rechtslex. IX. S. 658); da aber trotzdem die *condictio* versagt wird, so erhellt daraus, dass die *causa*, welche die Veranlassung zur Leistung war, d. h. also die angebliche *obligatio antidotalis* der rechtlichen Anerkennung entbehrt.

Zu demselben Resultate führen die Schlussworte der l. 3. § 7. D. de cond. causa data causa non secuta 12,4: *quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret vel amiciorem sibi eum esse futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum*. Wenn Jemand eine Leistung macht, um dadurch den Empfänger zu einer Gegenleistung zu verpflichten und eine solche von ihm zu erhalten, dieser Erfolg aber nicht eintritt, so hat der Leistende das Recht, das Gegebene (vermitteltst *condictio ob causam datorum*) zurückzufordern (arg. l. 65. § 4. D. de cond. indeb. 12,6 l. 1. § 2. D. de cond. sine causa 12,7 l. 32. D. de reb. cred. 12,1 l. 5. § 1. D. de praescr. verb. 19,5 l. 5. C. de rer. permut. 4,64, vgl. Windscheid, II. § 427,⁶ und 428,⁴). In dem Falle der vorwürfigen Stelle nun erfolgt eine Schenkung in der Hoffnung auf Remuneration; könnte nun eine wirkliche *obligatio ad remunerandum* durch eine Schenkung begründet werden, so müsste nach dem Gesagten im Falle des Ausbleibens der Remuneration die Gabe zurückgefordert werden können; da ein Rückforderungsrecht für den vorliegenden Fall aber ausdrücklich verweigert wird, so lässt dies nur den einen Schluss zu, dass die Möglichkeit, eine solche Verpflichtung zu

det und eine exceptionelle Behandlungsweise nur für den Fall behauptet wird, dass Schenker auf jenes Motiv ausdrücklich hingewiesen hat, eine Modification übrigens, die nicht unangefochten geblieben ist (vgl. Zimmermann a. a. O. S. 47 fg.).

constituiren, und damit auch die Möglichkeit des Bestehens einer solchen rechtlich nicht anerkannt ist.

Zur Erklärung und Begründung des Satzes aber, dass eine mit Rücksicht auf ein wirklich vorausgegangenes meritum gegebene Remuneration nicht condicirt werden kann, bedarf es gewiss nicht erst der Annahme einer naturalis obligatio; die Zurückforderung wird hier ebenso wie im Falle der irrthümlichen Voraussetzung eines Anlasses zur Remuneration aus dem Grunde ausgeschlossen, „quia donare volui“, also nicht wegen einer naturalis obligatio, als deren Erfüllung die Gabe zu betrachten wäre, sondern wegen der die letztere veranlassenden Absicht zu schenken. So kann also der Umstand, dass die soluti repetitio bei vermeintlichen und wirklichen remuneratorischen Leistungen versagt wird, nicht zum Beweise für die Existenz einer naturalis obligatio ad remunerandum dienen, vielmehr eher zur Annahme des Gegentheils führen.

Die bisher besprochene soluti retentio findet aber, wie schon Henr. de Cocceji (de antidoris, tit. III. § 9 und 10) und Weber (§ 49, S. 148) betonen, nur bezüglich solcher Leistungen statt, welche zu Remunerationszwecken, wenn auch in irrthümlicher Voraussetzung eines Grundes dazu, gemacht worden sind; dabei kann kein Unterschied gemacht werden, je nachdem der Irrthum in der unbegründeten Annahme einer (juristischen) Verpflichtung oder eines (factischen) Anlasses zur Remuneration bestand ¹¹⁾; genug, dass der Geber eine Remuneration leisten, dass er schenken wollte. Wurde dagegen gegeben in der irrigen Meinung, man sei aus einem andern Grunde (z. B. Darlehen, Kauf) dem Empfänger schuldig, so steht, auch wenn ein meritum des Letzteren vorausgegangen ist, der Rückforderung nichts im Wege und kann das Geleistete nicht vielleicht als gebührende Remuneration betrachtet werden ¹²⁾, wie

¹¹⁾ Meyerfeld (§ 18, I. S. 350) meint zwar, dass in einem solchen Falle „error facti der Zurückforderung nicht im Wege stehe“; allein gegenüber l. 52. und l. 65. § 2. cit. dürfte diese Ansicht kaum zu halten sein.

¹²⁾ Hilliger ad l. 12. c. 2. Donelli not. P.; Retes, c. 3. § 18; Henr. de Cocceji l. c.; Sam. de Cocceji l. 12. tit. 6. qu. 5; Weber a. a. O.; Meyerfeld S. 379 und Schwanert S. 103.

bei den wirklichen Naturalobligationen vermittelt der exceptio compensationis eine Anrechnung auf die vorliegende Obligation zulässig und durchführbar ist¹³⁾. Der Grund hievon liegt eben darin, dass der Geber im zweiten Falle sich von einer Schuld befreien, nicht aber wie im ersten Falle eine Schenkung machen wollte.

Ist nun durch die bisherigen Ausführungen die eine Grundlage zur Constituirung einer wirksamen naturalis obligatio beseitigt, welche sich in der soluti retentio darstellte¹⁴⁾, so erübrigt nur noch, auch die Bedeutungslosigkeit der anderen, nämlich der in den Quellen vorkommenden Ausdrücke „ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt“ (l. 25. § 11 cit.) und „beneficii debitorem sibi acquirere“ (l. 54. § 1 cit.) zu erweisen.

Donellus l. c. glaubte über die erstere Stelle nicht anders hinwegkommen zu können, als dass er aus den allegirten Worten unter Berufung darauf, dass remunerari ein donare sei, nach l. 1. pr. D. de donat 39,5 aber eine donatio gegeben werden müsse propter nullam aliam causam . . . quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat und nach l. 29. pr. eod. eine solche nur nullo iure cogente denkbar sei, den Schluss zog, die naturalis obligatio ad remunerandum werde unter der Bedingung si volam contrahirt, d. h. also ihre Erfüllung ganz in die Willkür des Verpflichteten gelegt. Da nun aber nach l. 8. D. de obl. et act. 44,7 unter einer solchen Bedingung eine wirksame und erzwingbare Obligation nicht zu Stande komme, so sei diess auch bezüglich der hier fraglichen der Fall.

¹³⁾ Zoesius lib. 12. tit. 6 Nr. 6–8, Weber § 49,⁶ S. 148. — Für die Ansicht, dass die Compensation auch retentionsweise geltend gemacht werden könne, vgl. Brinz, krit. Bl. Nr. 3 S. 50, Pandekt. S. 642 fg.

¹⁴⁾ Für die etwaige Möglichkeit der übrigen Funktionen einer naturalis obligatio (als Basis für Novation, Compensation, constitutum debiti, Verpfändung oder Bürgschaft zu dienen) finden sich von vorneherein in den Quellen keinerlei Anhaltspunkte; es könnte aber auch bei der gänzlichen Unbestimmtheit der Gegenleistung in quali und in quanto, selbst wenn eine Verpflichtung hiezu anerkannt wäre, keine Rede davon sein.

Die Mehrzahl der Autoren hingegen verwirft diesen Ausweg, der immer etwas Gesuchtes und Gezwungenes hat, und beruft sich mit Recht darauf, dass das Wort naturalis in den Quellen in ganz verschiedener Bedeutung vorkomme; so wird es denn auch in unserer Stelle ebenso wie z. B. in pr. J. de iure naturali, gentium et civili 1,2 l. 1. § 2. 3. D. de iustitia et iure 1,1 l. 17. § 6. D. de receptis 4,8 l. 1. § 10. D. si quadrupes pauperiem 9,1 l. 31. pr. D. depositi 16,3 l. 22 § 3. D. locati 19,2) nicht im technischen Sinne, im Gegensatze zu civilis, gebraucht, sondern weist auf etwas von Natur aus allen Geschöpfen Eingepflanztes, etwas Angebournes hin¹⁵⁾; hiernach begründet auch die hier in Frage stehende naturalis obligatio nur eine auf angebournem Dank- und Ehrgefühl, auf dem Anstand basirende Nöthigung oder, wie es die älteren Schriftsteller, z. B. Retes (c. 3. § 2) ausdrücken, ein debitum morale.

Gegen diese Interpretation des Wortes naturaliter wendet nun Mahir (S. 6) ein: „Wenn der Jurist als solcher spricht, so muss immer angenommen werden, er spräche juristisch, und insolange er sich im Gebiete des Rechts bewegt, hat die Moral durchaus keinen Einfluss und kann nicht zur Erklärung und Auslegung irgend eines Gesetzes oder Institutes dienen.“ Ein solcher Einwurf will Mahir um so weniger anstehen, als er selbst bald darauf (S. 17), wahrscheinlich weil es hier gerade zu seiner sonstigen Ansicht passt, den Verfasser der l. 29. D. de donat. 39,5 und l. 82. D. de reg. iur. 50,17, Papinian, ein Wort (videtur) nicht im juristischen, sondern im philosophischen Sinne sagen lässt; übrigens scheint uns seine Einwendung durch den Nachweis widerlegt zu sein, dass das kritische Wort auch in anderen Stellen die ihm hier zugeschriebene Bedeutung hat, noch mehr aber dadurch an Gewicht zu verlieren, dass selbst bei rein technischen Ausdrücken -- wir

¹⁵⁾ Mehr als überflüssig dürfte es sein, sich zur Bestärkung dieser Ansicht, wie Tiraquellus Nr. 56 fg., auf die durch Mythe und Geschichte überlieferten Beispiele von Dankbarkeit zu berufen, welche Löwen, Panther, Drachen, Delphine, Elephanten, Adler, Störche und andere Thiere bewiesen haben.

erinnern an das gerade in diesen Zusammenhang gehörende Wort *donatio*, vgl. Savigny, Syst. IV S. 13 fg, Windscheid § 365, Böcking § 106 — eine Verschiedenheit und Schwankung bezüglich der Bedeutung vorkommt.

Die hier vertretene Auffassung der *naturalis obligatio ad remunerandum* ist schon seit der Glosse (ad l. 25. § 11 D. 5,₃ und l. 82 D. 50,₁₇) die der herrschenden Meinung¹⁶⁾; dieselbe ist umsomehr berechtigt, als bei vorurtheilsfreier Betrachtung sich ergibt, dass auch die für die gegentheilige Ansicht ins Feld geführten Stellen zu ihren Gunsten sprechen. In l. 54. § 1 cit. wird ein *beneficii debitor* erwähnt, ein Ausdruck, der allein schon genügen dürfte, die unjuristische Bedeutung des Wortes *debitor* in einem solchen Zusammenhange zu beweisen und für eine ähnliche Auffassung zu plaidiren, als der bei Seneca (*de beneficiis* V, c. 20 § 5) sich findende Pendant hiez, *officii debitor*, nach Absicht und Stellung des Autors erfordert, ohne dass es noch nöthig wäre, auf die einer anderen Anschauung widersprechenden Stellen, wie l. 7. § 1 D. de in rem verso 15,₃ l. 3. § 1. de obl. et act. 44,₇ und l. 18. pr. D. de donat. 39,₅ zu verweisen; wie ferner schon oben erwähnt wurde, führt eine Vergleichung der l. 25. § 11 cit. mit l. 20. § 6 eod. und l. 1. § 17 D. ad leg. Falcid. 35,₂ viel eher zur Annahme einer vulgären als einer technischen Bedeutung des in ersterer Stelle gebrauchten Ausdruckes *naturaliter obligaverunt*.

¹⁶⁾ Fachineus l. 3. c. 89; Dion. Gothofredus ad l. 26. § 12. D. de cond. indeb. 12,₆ und l. 5. § 16. D. de agn. et al. liber. 25,₃; Zoesius lib. 12. tit. 6 Nr. 8; Retes c. 3. § 2; Voet l. 44. tit. 7 Nr. 3; Schulting l. c.; Henr. de Cocceji tit. 3. § 2 und 7; Weber § 49; Schildener S. 17; Lelièvre c. 1. § 7 und c. 2. § 7; Meyerfeld § 5 Nr. 4*) und § 6 Nr. 8; Vangerow § 125 Anm.; Savigny, Syst. IV S. 93, Obl.-R. I S. 107; Schilling, III. S. 818; Erxleben S. 152; Sintenis § 23,¹⁰ und § 82,^{9,18}; Arndts § 217,⁷; Heimbach im Rechtslexic. IX S. 654 (Not. 56); W. Francke, exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione, Göttingen 1864, S. 293, und selbst Baron § 230 (S. 470); auch Reinhardt und Scheurl dürften hierher zu rechnen sein, da sie die hier fragliche *naturalis obligatio* unter den eigentlichen Naturalobligationen nicht aufführen.

Obwohl mit der auch hier vertretenen Ansicht übereinstimmend, glaubt Lelièvre (c. 1. § 7) die Bestimmung der l. 25. § 11 cit., nach welcher der bon. fid. possessor die für eine Schenkung mit Mitteln der Erbschaft erhaltene Remuneration dem Erben restituieren muss, nicht anders denn als einen, wenn auch vielleicht den einzigen Ausfluss der obligatio antidoralis erklären zu können. Allein schon der Zusammenhang, in welchem diese Bestimmung erscheint, lehrt, dass eine solche Annahme nicht nothwendig ist; nach l. 20. § 6 eod. haften die bonae fidei possessores „usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent“; in der vorwüflichen Stelle wird die Frage aufgeworfen, unter welchen Umständen ein Erbschaftsbesitzer als aus derselben bereichert zu betrachten sei, falls er ein Geschenk aus derselben gemacht hat, ob schon dann, wenn er nur geschenkt und dadurch an seinem Vermögen gespart, andererseits auch Aussicht auf ein Gegengeschenk erworben hat, oder aber erst dann, wenn er auch wirklich ein Gegengeschenk erhalten hat. Für den ersten Fall nun wird die Bereicherung geleugnet, dagegen für den zweiten, und zwar mit Recht, bejaht; denn das Gegengeschenk ist ohne Zweifel als eine aus der Erbschaft herrührende Bereicherung zu betrachten, da der bon. fid. possessor dasselbe nur in Folge einer Verminderung des Betrages der Erbschaft erhalten hat; er hat qua heres geschenkt und durch diese Schenkung die Remuneration provocirt, also auch die letztern qua heres bekommen. Würde die Restitutionspflicht in einem solchen Falle ausgeschlossen, so würde der bon. fid. possessor zum Nachtheil des wirklichen Erben bereichert und dadurch gegen allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze ein Verstoss begangen werden¹⁷⁾. Diese Anschauungsweise dürfte umsomehr der Billigkeit entsprechen, als die Annahme nahe liegt, dass der bon. fid. pos-

¹⁷⁾ L. 14. D. de cond. indeb. 12,6: nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores. L. 28. D. de her. pet. 5,3: Post SCum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est. L. 55. eod.: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.

essor, würde er sich nicht für den Erben gehalten haben, vielleicht überhaupt nicht, höchst wahrscheinlich aber nicht ein solches oder so grosses Geschenk gemacht und also vermuthlich auch nicht ein solches oder so grosses Gegengeschenk bekommen haben würde. Unter solchen Umständen gibt Paulus den allein richtigen Massstab, wenn er in l. 35. § 1 de rei vind. 6,¹ sagt: Et quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset. Nach unserer Auffassung muss demnach der bon. fid. possessor das erhaltene ἀντίδοτον nicht sowohl als Erfüllungsobject einer naturalis obligatio, als vielmehr, weil er es nur aus Veranlassung des Erbschaftsbesitzes erhalten hat, demnach gewissermassen als causa rei herausgeben. (arg. § 2. J. de offic. iudic. 4,¹⁷ l. 17. § 1. de rei vind. 6,¹ l. 35. § 1. eod. l. 27. pr. de her. pet. 5,³ l. 34. D. de rei vind. 6,¹; vgl. hiezu auch Pinellus S. 375 fg.; Savigny, Syst. IV S. 93; Dollmann a. a. O. S. 328; Heimbach a. a. O. S. 653 und 654; Schwanert S. 103 und 104); so dürfte diese Entscheidung Ulpians bezüglich des Umfangs der Haftung des Erbschaftsbesitzers weniger auf eine zu Grunde liegende naturalis obligatio, als vielmehr auf allgemeine Grundsätze zurückzuführen sein.

Zum Schlusse möge hier eine Conclusion Erwähnung finden, welche Frembgen (§ 11, Nr. 41) aus der vielbesprochenen l. 25. § 11. D. 5,³ gezogen hat; aus der Bestimmung derselben, dass der bon. fid. possessor die erhaltenen Gegengeschenke dem Erben herausgeben müsse, schliesst er nämlich, dass derselbe auch, zwar nicht für einfache Schenkungen, aber für remuneratorische, welche er mit Mitteln der Erbschaft gemacht hat, aufkommen müsse, obwohl doch der Jurist ohne jede weitere Unterscheidung ausdrücklich sagt, dass der bon. fid. possessor den Aufwand für Schenkungen, die er aus der Erbschaft gemacht hat, nicht zu ersetzen brauche. Leider hat uns der Verfasser keinen genaueren Einblick in seine geistige Werkstätte und den Prozess vergönnt, durch welchen er zu diesem Resultate gelangt ist; wir finden bei ihm (S. 26) lediglich folgende Stelle: „Qui hereditatis petitionis iudicio suc-

cubuit bon. fid. possessor, non tenetur de iis, quae simpliciter aliis donavit, tenetur autem de iis, quae propter antea accepta per modum remunerationis in alios transtulit (arg. l. 25. § 11. D. de her. pet.).“ Wir können nur vermuthen, dass die Quelle für diese Anschauung vielleicht darin zu finden sei, dass der Verfasser, wie schon bemerkt (§ 1), die remuneratorische Schenkung als eine Leistung ex titulo oneroso auffasst und in Folge dessen darin, dass der bon. fid. possessor einer Erbschaft mit den Mitteln derselben eine solche Schenkung macht, eine Bereicherung desselben um den Betrag der letzteren sieht, gerade, als wenn er irgend eine ihm obliegende Schuld aus der Erbschaft bezahlt hätte.

§ 4.

4) Rechtliche Natur und Voraussetzungen der remuneratorischen Schenkung.

Darf mit dem Bisherigen der Nachweis als erbracht angesehen werden, dass unsere Quellen nirgends die remuneratorische Schenkung als eine Leistung aus onerosem Titel auffassen und dass sie ebensowenig eine rechtswirksame naturalis obligatio ad remunerandum anerkennen, so ist schon damit jener Theorie, welche die remuneratorische Schenkung aus dem Gebiete der Schenkung überhaupt ausscheiden will, jeglicher Boden entzogen. Aber auch aus allgemeinen Gründen wäre jene Anschauung nicht haltbar; es liegt entschieden ein innerer Widerspruch in der Annahme, dass die Doctrin ein Rechtsgeschäft als Schenkung bezeichnen, aber nicht nach den für die letztere geltenden Grundsätzen beurtheilen dürfe; denn ist dasselbe seiner rechtlichen Natur nach keine Schenkung, dann darf es auch nicht als solche bezeichnet werden, oder aber es entspricht seine rechtliche Natur der Bezeichnung, dann muss es aber auch demgemäss beurtheilt werden.

Nun ist aber die Schenkung ¹⁾ ein Rechtsgeschäft ^{a)} unter

¹⁾ a) l. 18. pr. D. de reb. cred. 12,¹ l. 10. l. 19. § 2. D. de donat. 39,⁵; l. 55. D. de obl. et act. 44,⁷ l. 69. D. de reg. iur. 50,¹⁷ l. 26. C. de

Lebenden ^{b)}, durch welches eine freiwillige ^{c)} und unentgeltliche ^{d)} Vermögenszuwendung zum Zwecke ^{e)} und mit dem Erfolge ^{f)} der Bereicherung des Empfängers unter entsprechender Vermögensverminderung ^{g)} auf Seite des Gebers herbeigeführt wird. Das nächste Ziel, welches damit erreicht werden soll, die *causa proxima* des Rechtsgeschäfts, ist die Bereicherung des Empfängers ²⁾; die Veranlassung aber, welche zum Abschluss eines solchen Rechtsgeschäftes führen, die Motive, welche zu einem solchen bewegen, d. h. die Bereicherungsabsicht hervorrufen, können der verschiedensten Art sein; dieselben können ihren Grund haben in Verwandtschaft, Freundschaft, besonderer Zuneigung, Hoffnung auf Erlangung anderweitiger Vortheile, Eitelkeit, Macht der öffentlichen Meinung und dergleichen. Alle diese Gründe, welche zur Gewährung einer Schenkung führen mögen, können für den Charakter des Rechtsgeschäfts selbst nicht von Einfluss sein; soferne nur die Absicht zu schenken (der *animus donandi*) vorliegt, ist eine Schenkung gegeben, gleichviel welches der diese Absicht hervorrufende Grund (die *causa remota*) gewesen sein mag; dieser kann als etwas nicht selbständig in die Aussenwelt Tretendes, Innerliches, Subjectives rechtlich nicht in Betracht kommen ³⁾.

donat. 8,54. — b) § 1. 2. J. de donat. 2,7 § 1. J. de legat. 2,20 l. 36. D. de legat. II^o. — c) l. 19. pr. l. 29. pr. D. de donat. 39,5 l. 214. D. de verb. sign. 50,16 l. 82 D. de reg. iur. 50,17. — d) l. 9. pr. D. de donat. 39,5. — e) l. 1. pr. D. de donat. 39,5. — f) l. 5. § 8. 16. D. de don. int. vir. et ux. 24,1. — g) l. 5. § 8. 13. l. 31. § 7. D. eod. — Ueber die Literärgeschichte des Begriffs vergl. Meyerfeld § 9. Nr. 1—4; vergl. ferner Savigny, Syst. IV S. 4 fg.; Arndts § 80; Böcking § 106; Windscheid § 365; Brinz, Pandekt. Bd. II S. 1542 fg.

²⁾ dat. . . . propter nullam aliam causam . . . quam ut liberalitatem et munificentiam exercent (l. 1. pr. D. 39,5).

³⁾ arg. l. 3. § 7. D. de cond. causa data 12,4 l. 52. l. 65. § 2. D. de cond. indeb. 12,6 l. 3. D. de donat. 39,5. — vgl. Meyerfeld S. 379; Puchta § 71; Fr. Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen, Braunschweig 1840, S. 123 (§ 10); Savigny, Syst. IV S. 87 fg.; Christiansen S. 37 fg., S. 125 fg.; Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850, S. 85 fg. und Pandekten

Hat so bei der Schenkung das Motiv überhaupt nur nebensächliche Bedeutung und ist das Hauptgewicht auf das Vorhandensein des *animus donandi* zu legen, so will nicht einleuchten, wesshalb eine Leistung, die auch lediglich in der Absicht den Empfänger zu bereichern, ohne jeglichen äusseren Zwang gemacht wird, nur desshalb keine Schenkung sein soll, weil der Geber damit den Zweck verfolgt, sich für Geschenke, die ihm gegeben, für Gefälligkeiten, Dienste und Wohlthaten, die ihm erwiesen worden sind, erkenntlich zu zeigen. Auch in diesem Falle ist ja die Absicht, den Empfänger zu bereichern, ihm eine unentgeltliche Vermögenszuwendung zu machen, die *causa proxima* des Rechtsgeschäfts; die Absicht, sich durch Gewährung dieser Bereicherung dankbar zu beweisen, ist erst die *causa remota*, das die Bereicherungsabsicht erzeugende Motiv⁴⁾. Dass dies auch die Anschauung unserer Quellen ist, erhellt ganz klar aus l. 52. l. 65. § 2. D. cit.; hier wird ausdrücklich nur darauf Gewicht gelegt, dass der Geber habe schenken wollen, und der Umstand, dass er dabei von der Absicht geleitet war, dem Empfänger eine Remuneration zu gewähren, für irrelevant erklärt.

So erscheint auch die remuneratorische Schenkung als eine Species des Genus *donatio* und ihre *differentia specifica* gegenüber den anderen Schenkungen liegt darin, dass sie aus dem Gefühle der Dankbarkeit, wie jene aus dem der Liebe, Freundschaft u. s. w., entspringt. Natürlich kann dies nur von solchen Leistungen gelten, welche freiwillig, also ohne jegliche rechtliche Nothwendigkeit, ohne jeglichen äusseren Zwang gemacht werden, was jedoch keineswegs ausschliesst, dass der Geber mehr oder minder moralisch gezwungen durch die öf-

Bd. II, § 365,⁴⁾; Holzschuher III S. 400 fg.; Sintenis I S. 205; Wächter § 104 (II. S. 754); O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Kassel 1855, S. 36 fg.; Gruchot S. 160 fg.; Siebenhaar, „die Schenkung nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs“ in den Annalen des k. sächsischen Oberappellationsgerichts, N. F. Bd. II. S. 199 fg.

⁴⁾ Vergl. Henr. de Cocceji tit. 3. § 9. 10; Meyerfeld S. 379; Christiansen S. 125 und 126; Erxleben S. 58 fg.; Bähr S. 36 fg.

fentliche Meinung, durch Herkommen, durch Anstand und Sitte oder das natürliche Gefühl der Dankbarkeit sich dazu entschliesst; nur unter jener Voraussetzung ist ein wirklicher animus donandi, im entgegengesetzten Falle aber nur ein animus ab obligatione se liberandi, ein animus solvendi berechtigt und denkbar⁵⁾; auch ist nur dann eine Bereicherung des Empfängers — wiederum eine wesentliche Voraussetzung der Schenkung — möglich, wenn derselbe nicht bereits aus seiner vorausgehenden Thätigkeit einen rechtlich begründeten Anspruch auf Remuneration hat, da ein Forderungsrecht ebenso bereits Bestandtheil des Vermögens des Berechtigten ist, als der dadurch zu exigirende Gegenstand nach der Erfüllung der Obligation. (l. 143. D. de verb. sign. 50,16; l. 15. D. de reg. iur. 50,17).

Dieses Princip, so einfach es zu sein scheint, führt doch in seiner praktischen Anwendung zu vielen Schwierigkeiten, besonders dadurch, dass häufig Leistungen, zu welchen der Gebende rechtlich verpflichtet ist, in das Gewand einer Schenkung gekleidet werden. Ebenso nämlich wie die Schenkung nicht blos in der für dieselbe gewöhnlich gebrauchten Form der Eigenthumsübertragung oder des obligatorischen Versprechens, sondern auch in der anderer Rechtsgeschäfte⁶⁾, wie Verkauf einer Sache um einen donandi animo niedriger gestellten Preis, Cession oder Remission einer Forderung und dergleichen, ganz mit der äusseren Erscheinung einer solutio⁷⁾ vollzogen werden kann, kann auch die solutio in der Form und der äusseren Erscheinung einer Schenkung gedacht und geleistet werden; natürlich liegt ihr dann nicht ein animus donandi, sondern ein animus solvendi zu Grunde.

⁵⁾ nemo in necessitatibus liberalis: l. 18. i. f. D. de adim. vel transfer. leg. 34,4, l. 10. C. de donat. 8,54; arg. l. 50. de rit. nupt. 23,2, l. 84. D. de hered. instit. 28,5, l. 67. § 1. D. de legat. II^o.

⁶⁾ vergl. hiez. Meyerfeld § 10—17, Windscheid II, § 365.

⁷⁾ l. 1. § 1. D. de cond. indeb. 12,3, l. 47. D. de op. libert. 38,1, l. 7. § 2. D. pro emptore 41,4, l. 12. D. de novat. 46,2, l. 53. D. de reg. iur. 50,17.

Wir haben schon oben (§ 2) aus unseren Quellen zwei Beispiele hiefür angeführt (l. 27. D. 39,5 und l. 10. § 7. D. 15,3) und im praktischen Leben findet sich ein solches Verfahren, besonders gewissen Berufsklassen gegenüber, sehr häufig; das Motiv, welches dazu führt, diesen Weg einer bloß scheinbaren, aber nicht wirklichen Schenkung einzuschlagen, hat seinen Ursprung zumeist in den die erste Leistung begleitenden Umständen oder in dem persönlichen Verhältniss des Gebers zum Empfänger, vermöge dessen Jener aus Zartgefühl nicht erst auf die Forderung eines Honorars wartet, sondern dasselbe in der Form eines Geschenks übermittelt, oder Dieser sich auf das Billigkeitsgefühl Jenes verlässt und nicht eine bestimmte Forderung stellt; in solchen Fällen liegt wohl eine remuneratorische Leistung vor, für welche die Form der Schenkung gewählt ist; dieselbe ist aber weder ihrer Bestimmung, noch ihrem Resultate nach eine Schenkung, und es darf daher für die Beurtheilung einer solchen nicht die äussere Erscheinung, sondern nur die Absicht der Parteien das massgebende Moment bilden, wesshalb sie nur als solutio oder datio in solutum betrachtet und behandelt werden darf⁸⁾.

Dies findet besonders Anwendung auf die Remunerationen solcher Personen, welchen das römische Recht, zunächst und zumeist aus Achtung für ihren Beruf, keine actio ex locato, resp. wenn sie ihre Dienstleistung ohne vorausgehende Verabredung gemacht hatten, keine actio praescriptis verbis zu Gebote stellte, sondern nur auf dem Wege einer extraordinaria cognitio Rechtshülfe eröffnete⁹⁾. Hieher gehören:

⁸⁾ In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit (l. 219. D. de verb. sign. 50,16). — Vergl. auch Henr. de Cocceji, tit. 2. § 1; Oldenbruch (Wunderlich) § 14; Meyerfeld, S. 54—59, 373, 387 (Not. 85) und 388; Holzschuher III S. 402; Sintonis § 23 (I. S. 206).

⁹⁾ Vergl. zum Folgenden Jac. Gothofredus, c. 1. § 3. und c. 2. § 16; Henr. de Cocceji tit. 1. § 11. und tit. 2. § 1; Oldenbruch § 10; Schweppe § 613; Wening-Jungenheim § 287; Seuffert § 334; Mahir S. 19 (Not. 36); F. A. v. Langenn und A. S. Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrecht und Civil-

- 1) Die Lehrer der Wissenschaften; jedoch diese nicht ohne Ausnahme, indem die Lehrer des Rechts und der Philosophie, um die diesen Wissenschaften gebührende Achtung ungeschmälert zu erhalten, überhaupt von jeder Klage auf ein Honorar Abstand nehmen sollten (l. 1. pr. § 4—6. D. de extraordinaria cogn. 50,13), „eine eigenthümliche römische Ansicht, deren Geltung im heutigen Recht schwerlich Jemand behaupten wird“¹⁰⁾.
- 2) Aerzte aller Art, Hebammen und Säugammen (l. 1. § 1. 2. 14. D. eod.)¹¹⁾.
- 3) Die Advocaten und Procuratoren (l. 1. § 10. 11. D. eod. l. 7. D. mandati 17,2 l. 1. C. mandati 4,35).
- 4) Die Mäkler und Unterhändler (l. 1. 2. 3. D. de proxenet. 50,14).
- 5) Die Mess-, Schreib- und Rechenkünstler (l. 1. pr. D. si mensor falsum modum 11,6 l. 1. § 6. D. de extr. cogn. 50,13).

Mag nun auch im römischen Recht die Belohnung für dergleichen Dienste lieber mit honorarium (= Ehrenbelohnung,

process, 1. Theil, Dresden 1829, Nr. I S. 11 u. 12; Unterholzner Bd. II S. 343 fg. u. 373 fg.; Schäffer, „Mittheilungen aus der Praxis, nichtversprochene Vergütung für Dienstleistungen betr.“ in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. VII S. 8 fg.; Koch § 230 (III S. 148 fg.) und § 284 (III S. 515 fg.); Windscheid Bd. II § 404; F. Zimmermann, „über das Rechtsverhältniss zwischen dem Arzte und dem Patienten“ im Archiv f. d. civil. Prax. Bd. 56 (N. F. Bd. 6) S. 222 fg.

¹⁰⁾ Unterholzner § 521 (II. S. 375), beistimmend Sintenis § 119,¹² und ein Erkenntniss, mitgetheilt bei C. F. A. Tafel, auserlesene Civilrechtsprüche der höheren Gerichtsstellen in Würtemberg, Bd. I. Heft 3. S. 240 (Nr. 71).

¹¹⁾ In Beziehung auf diese Berufsclassen scheint sich erst nach und nach, wahrscheinlich mit dem allmählichen Uebergang ihrer Thätigkeit von Sklaven und Freigelassenen, welche dieselbe ursprünglich ausübten (l. 41. § 6. de fideicom. libert. 40,5, l. 16. § 1. D. de alim. leg. 34,1, l. 10. § 3. D. de annuis legatis 33,1, l. 25. § 2. l. 26. de oper. libert. 38,1, l. 1. § 5. C. de comm. serv. manum. 7,7, l. 3. pr. C. comm. de legat. 6,43; Seneca, epist. 95 § 15 fg.), auf Freie und der damit verbundenen wissenschaftliche-

Ehrensold), als mit *merces* bezeichnet worden sein ¹²⁾, — obgleich auch die letztere Bezeichnung keineswegs principiell vermieden wird ¹³⁾, — soviel steht jedenfalls fest, dass dieselbe, wenn nicht freiwillig gegeben, durch richterliche Hülfe erzwungen werden konnte. Den heutigen Rechtszuständen und Verhältnissen vollends entspricht es, nachdem so ziemlich für alle genannten Dienstleistungen, soweit dieselben auch heutzutage noch als über handwerksmässiger Thätigkeit erhaben betrachtet werden, Gebührenordnungen aufgestellt und diese Arten der Thätigkeit zu Erwerbs- und Berufszweigen und damit mehr oder minder zu *operae locari solitae* geworden sind, — ähnlich wie es sich in späterer Zeit bei den *mensores* (arg. l. 4. § 1. D. fin. reg. 10,1) und auch bei den Advocaten des byzantinischen Reiches (arg. l. 9. C. de advoc. div. iudic. 2,7) ausgebildet zu haben scheint, — in dergleichen Fällen wirkliche Miethverträge oder Verträge über Handlungen anzunehmen und dem entsprechend bei vorausgehender Verabredung aus der *locatio conductio*, mangels solcher aber aus dem dann vorliegenden *Innominatrealcontract* mittelst *actio praescriptis verbis* Rechtshülfe zu gewähren ¹⁴⁾, umsomehr als unserem Processrechte eine *cognitio extraordinaria* principiell zuwiderläuft und fremd ist. Auch Windscheid, der, hauptsächlich wohl aus historischen Gründen, die sog. *operae liberales* ¹⁵⁾ getrennt von der *locatio conductio* behandelt, gibt zu, dass bezüglich derselben „die gleichen Regeln gelten wie für den Miethvertrag“,

ren Behandlung derselben, die der Verweisung auf *extraordinaria cognitio* zu Grunde liegende Anschauung herangebildet zu haben; vergl. l. 7. § 8. l. 8. D. ad leg. Aquil. 9,2 mit l. 26. § 1. D. de praescr. verbis 19,5 (nach der Restitution Mommsens) und l. 1. § 1. D. cit. (50,13).

¹²⁾ l. 1. pr. D. si mensor 11,6, l. 38. § 1. D. locati 19,2, l. 26. § 1. D. de praescr. verbis 19,5 (Mommsen).

¹³⁾ l. 1. § 1. D. si mensor 11,6, l. 27. D. de donat. 39,5, l. 12. § 3. D. de admin. et peric. tutor. 26,7, l. 4. D. ubi pupillus educari 27,10, l. 1. pr. § 4. D. de extr. cogn. 50,13.

¹⁴⁾ Vgl. hiez u besonders Unterholzner II S. 375; Koch S. 515 fg.

¹⁵⁾ Unterholzner (II. S. 344, not. b.) verwirft diesen Ausdruck, weil *operae* immer nur Leistungen niedriger Art bezeichne.

und dass man „heutzutage die realen Verhältnisse und den darauf gebauten Sinn der Contrahenten sehr verkennen würde, wenn man Verträge dieser Art einer anderen rechtlichen Beurtheilung unterwerfen wollte als gegenseitige Verträge überhaupt.“ (Bd. II. § 404,³).

Mit jener Möglichkeit eines richterlichen Zwanges, die schon das römische Recht gewährte, und der soeben geschilderten Rechtsanschauung auf Grund der modernen Verhältnisse war und ist, wenigstens für die regelmässigen Fälle dieser Art, die Möglichkeit beseitigt, in der Gewährung der Vergütung eine Schenkung zu sehen; sie ist vielmehr gewöhnlich, wie schon oben bemerkt, eine solutio oder datio in solutum. Hiedurch ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, dass unter gewissen Umständen eine solche Remuneration doch als Schenkung zu betrachten wäre; es ist dies besonders dann der Fall, wenn die Betheiligten das ganze Verhältniss nicht als einen stillschweigenden Vertrag über eine Dienstleistung um unbestimmten Lohn betrachten, sondern der Eine aus blosser Gefälligkeit oder Freundschaft den Dienst leistete und der Andere, um sich dafür erkenntlich zu zeigen, ihm ein Geschenk macht; bei solcher Sachlage entspricht es der, von uns schon oben als massgebend erklärten, Intention der Parteien, in beiden Leistungen eine Schenkung, in der zweiten natürlich eine remuneratorische zu erblicken¹⁶); es ist demnach eine quaestio facti, ob eine Remuneration als solutio (resp. datio in solutum) oder aber als donatio aufzufassen sei und welche Rechtssätze demgemäss auf dieselbe anzuwenden seien¹⁷).

¹⁶) l. 1. pr. D. si mensor falsum modum 11,6, l. 9. § 1. i. f. quod metus causa 4,2 vgl. mit l. 34. § 1. D. de donat. 39,5; arg. l. 18. pr. D. de donat. 39,5, l. 19. § 1. eod.

¹⁷) arg. l. 27. D. de donat 39,5. — Savigny, Syst. IV. S. 94, Puchta Vorles. zu § 68, Arndts § 83 u. Unger § 99. — Von grosser Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage dürften die Vermögensverhältnisse, die sociale Stellung der Betheiligten, sowie das Verhältniss sein, in welchem sie zu einander stehen; nicht minder wichtig auch die Umstände, unter welchen sowohl die Veranlassung zur Remuneration, als diese selbst eintritt. So

Windscheid (II. § 368,¹¹) und Liebmann (S. 38 u. 51) sprechen sich hiegegen aus, und zwar der Erstere besonders desshalb, weil er diesen Satz „für äusserst unbestimmt und gefährlich hält und eigentlich für eine Wiedereinführung der von Savigny bestrittenen Behauptung, dass die remuneratorische Schenkung den positiven Bestimmungen der Schenkung entzogen sei“; allein es kann schon darum von einer Unterstützung jener falschen Anschauung von der rechtlichen Natur der remuneratorischen Schenkung keine Rede sein, weil durch den angegriffenen Satz Leistungen, die sehr häufig mit Unrecht in den Bereich der letzteren gezogen werden, unter gleichzeitiger Angabe eines klaren Kriteriums gerade aus dem Gebiete derselben ausgeschieden werden, so dass jener Satz nicht nur nicht eine Trübung, sondern vielmehr eine Klärung und Reinigung des Begriffs zur Folge hat.

Liebmann hinwiederum bestreitet zunächst die Schlüssigkeit der l. 27. cit. für die fragliche Thesis, indem er behauptet, in dem von derselben erzählten Falle fasse höchstens der Empfänger, nicht aber der Geber die Verleihung der Wohnung als Bezahlung auf; dabei übersieht er jedoch, dass die Leistung des Regulus aus demselben Grunde auch nicht als Schenkung, wie er will, betrachtet werden könnte, da Nicostratus in derselben eine Zahlung sah und desshalb wiederum die, auch zur Schenkung erforderliche, Willensübereinstimmung der In-

dürfte z. B. die Belohnung für wissenschaftliche Arbeiten und geistige Thätigkeit überhaupt regelmässig als Schenkung zu betrachten sein, solange und soweit jene nicht als wirkliche Erwerbsquelle benützt wird; ferner wird für die von einem Verwandten oder Familienangehörigen dem andern geleisteten Dienste zunächst immer ein animus donandi zu präsumiren sein, soferne der Dienstleistende nicht ausdrücklich animo obligandi gehandelt hat oder eine solche Absicht aus andern Gründen anzunehmen ist, was besonders dann nahe liegt, wenn es sich um eine seinem Berufe entsprechende Thätigkeit dreht. In ähnlicher Weise ist die Gewährung von Unterhalt zu beurtheilen (vgl. hiezu besonders Meyerfeld S. 236 fg. u. Schäffer a. a. O. S. 10 fg.); soferne keine gesetzliche Verpflichtung auf der einen Seite vorliegt, andrerseits von der anderen Seite Dienste geleistet wurden, sind sowohl operae wie alimenta als schenkungsweise geleistet anzusehen.

teressenten mangeln würde; überdies sagt der Jurist ausdrücklich (mit den Worten *posse defendi* — *Regulum*) und ist auch aus der Fassung des kritischen Schreibens zu entnehmen, dass man aus den obwaltenden Umständen auf eine der Auffassung des Empfängers entsprechende Intention des Gebers schliessen dürfe. Das weitere Bedenken desselben Autors, dass nicht angegeben werde, was für ein Rechtsgeschäft vorliege, und schon deshalb nichts übrig bleibe als dasselbe der zunächst liegenden Auffassung entsprechend für eine Schenkung zu halten, dürfte mit dem Hinweis darauf zu beseitigen sein, dass wir es mit einem *Innominatrealcontract* zu thun haben. Wenn endlich noch eingewendet wird, dass die Bezahlung einer *merces* immer eine *obligatio*, die Entstehung einer solchen aber den *consensus* beider Parteien voraussetze, der letztere aber im fraglichen Falle nicht vorhanden sei, so ist, abgesehen davon, dass dieser Mangel nicht bewiesen ist, dagegen zu bemerken, dass den oben aufgeführten Kategorien — und zur ersten derselben gehörte auch *Nicostratus* — vom römischen Rechte auch ohne vorheriges Uebereinkommen aus einem präsumirten oder fingirten stillschweigenden Vertrage ein Anspruch auf Honorar zugestanden wurde. (S. l. 1. cit. D. 50,13 und die oben citirten Schriftsteller).

Neben den Erfordernissen und Voraussetzungen der gewöhnlichen Schenkung ist zur Constituirung einer remuneratorischen, wie wir schon oben gesehen haben, noch weiter nothwendig, dass das specifische Kriterium derselben, nämlich eine Schenkung, eine Gefälligkeit oder eine Wohlthat, kurz ein *meritum*, das vergolten werden will, von Seite des Donatars vorliege; allerdings nicht in dem Sinne, dass ohne ein solches überhaupt nicht von einer Schenkung die Rede sein könnte — denn wegen des einmal vorhandenen *animus donandi* bleibt die Gabe immer eine Schenkung (l. 65. § 2. D. de cond. indeb. 12,6) —, sondern nur in dem Sinne, dass dieselbe nicht gerade eine remuneratorische Schenkung wäre. Nun herrscht aber darüber wiederum keine Einigkeit, welchen Grades diese vorausgehenden *merita* sein müssen oder dürfen:

- 1) Eine Anzahl von Autoren ¹⁸⁾ verlangen, besonders mit Berufung auf l. 27. D. cit. und die obligatio antidoralis, dass die merita solche seien, dass auf Grund derselben auch gerichtliche Hülfe in Anspruch genommen werden könne, während Andere ¹⁹⁾ gerade solche Remunerationen als ausserhalb des Bereiches der remuneratorischen Schenkung liegend bezeichnen.
- 2) Nach Hellfeld (§ 1706) und J. G. Bauer l. c. ist es gleichgültig, ob die Remuneration iure perfecto oder imperfecto gefordert werden könne, d. h. wohl, ob eine Klage auf dieselbe möglich sei oder nicht ²⁰⁾.
- 3) Andere ²¹⁾ hinwiederum stellen mit Rücksicht auf l. 34. § 1. cit. die Ansicht auf, dass die zu remunerirende Leistung in „merita eximia“, „merita singularia“, „ganz sonderbaren“, „ganz besonderen“ Wohlthaten bestehen müsse; im Gegensatz hiezu schliesst Schulting (de natur. obl. c. 11.) gerade die Belohnung für merita

¹⁸⁾ Rümelin, th. 28; J. H. de Berger, oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati, edid. C. G. Winckler, Lipsiae 1771, lib. 2. tit. 2. th. 30; Frembgen § 4; G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle, Göttingen 1799 und 1800, Bd. II, Nr. 126, Ziff. 6, 7 u. 10; Gebrüder Overbeck 106. Medit.

¹⁹⁾ z. B. Jo. Christop. Koch, meditatio de evictione in donatione non indistincte praestanda etc., Jenae 1754, § 9.

²⁰⁾ Seiner Intention nach gehört hierher auch J. Christn. Quistorp, Beyträge zur Erläuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener Rechtsmaterien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit, 2. Aufl., Rostock u. Leipzig 1787, Nr. 55 Ziff. 3 (S. 865 fg.); allein er drückt das, was er sagen will, falsch aus; denn, obwohl er sich auf die citirte Stelle Hellfelds beruft, sagt er, man müsse es „für gleichgültig achten, ob die zum Grunde liegenden Verdienste des Donatars, weshalb sich der donans dankbar beweiset, aus einem iure perfecto oder imperfecto erwachsen“, während man nach der allegirten Stelle und dem Zusammenhang, in welchem er dieselbe anzieht, die Wendung erwarten sollte: ob aus den Verdiensten . . . ein ius perf. oder imperf. erwachse.

²¹⁾ Stryk, de benemer. c. 1. § 20, 23 u. 26; J. H. Böhmer, lib. 39. tit. 5. § 18; Leyser, medit. vol. V. u. VI., spec. 436. med. 3; Glück, XX. S. 241 u. XXVI. S. 199.

eximia aus dem Gebiete der remuneratorischen Schenkung aus; auch Meyerfeld (S. 375) bezeichnet dieselbe als „eine eigenthümliche Art der sogenannten donatio remuneratoria“ und in ähnlichem Sinne sprechen sich Savigny (Syst. IV. S. 95 fg.) und Windscheid (Bd. II. § 368,¹¹⁾ aus.

Dass die Meinung der sub 1) und 2) aufgeführten Schriftsteller, welche solche merita verlangen, deren Belohnung nöthigenfalls durch gerichtliche Klage erzwungen werden kann, nicht haltbar ist, dürfte aus dem Bisherigen klar hervorgehen; unter solchen Umständen kann regelmässig von einer freiwilligen Vermögenszuwendung und von einer Bereicherung des Empfängers, also auch von einer Schenkung keine Rede sein. Was aber die Forderung von merita eximia betrifft, so stützt sich dieselbe, wie schon bemerkt, zumeist darauf, dass in l. 34. § 1. cit. und auch in l. 27. cit. nur von solchen die Rede sei; diese Stellen sind aber „nicht aus theoretischen Schriften genommen, sondern aus Sammlungen von Rechtsfällen“²²⁾, und desshalb darf man, ebenso wie dies bezüglich der aus kaiserlichen Rescripten entnommenen Codexstellen allgemein anerkannt ist²³⁾, nicht alle Einzelheiten der darin besprochenen Rechtsfälle als nothwendige Voraussetzungen der betr. Entscheidung ansehen. Zudem glauben wir bezüglich der letzteren Stelle oben (§ 2, I) den Nachweis erbracht zu haben, dass dieselbe überhaupt nicht von einer remuneratorischen Schenkung handelt, und bezüglich des in der ersteren aufgestellten Principis wird weiter unten (§ 7, I) der Nachweis versucht werden, dass dasselbe auf alle remuneratorischen Schenkungen auszudehnen sei. Es lässt sich auch kein stichhaltiger Grund denken, wesshalb besonders grosse merita erforderlich seien; geringere Leistungen werden gewöhnlich auch mit entsprechend kleineren Geschenken belohnt werden; warum sollten denn diese nicht auch als remuneratorische Schenkungen betrachtet

²²⁾ Savigny, Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. IV, S. 50.

²³⁾ Vgl. Schmidt, Methode etc., § 42, 43 u. 69 a. E.

werden dürfen? Die grösseren merita werden sogar häufig bis zu einem gewissen Grade wirklich obligatorische Folgen nach sich ziehen und dann in einer Weise belohnt werden, die nach unserer Auffassung nicht mehr unter den Begriff der remuneratorischen Schenkung fällt. Nun meinen zwar Stryk und Leyser, man müsse schon desshalb bedeutendere Dienste verlangen, weil man sonst fast jede Schenkung als eine remuneratorische betrachten müsse, da nur wenige ohne Rücksicht auf kleine Gefälligkeiten oder eine sonstige Veranlassung gemacht würden; allein abgesehen davon, dass dieser Einwand doch etwas hyperbolisch klingt, hätte es auch gar nichts auf sich, wenn es sich wirklich so verhielte; denn aus der hier vertretenen Ansicht über die rechtliche Natur der remuneratorischen Schenkung folgt mit logischer Nothwendigkeit, dass im Ganzen und Grossen die für die gewöhnliche (einfache, reine) Schenkung geltenden Grundsätze auch auf jene Anwendung zu finden haben und nur da eine Abweichung hievon zulässig ist, wo ganz besondere Gründe dies erheischen (vgl. die folgenden §§ und besonders § 7), so dass sich bezüglich der rechtlichen Beurtheilung nur wenige Verschiedenheiten aus einer solchen Vergrösserung des Gebietes der remuneratorischen Schenkung ergeben können.

Bezüglich der erforderlichen Qualität ferner der eine remuneratorische Schenkung veranlassenden Dienste ist zu bemerken, dass solche Leistungen, zu welchen Jemand rechtlich verpflichtet ist, nicht geeignet sind, einer Schenkung an denselben den Charakter einer remuneratorischen zu verleihen²⁴⁾, da bei solcher Sachlage die Thätigkeit des Donatars nicht als ein meritum betrachtet, desshalb auch nicht von einem Motiv der Vergeltung derselben aus Dankbarkeit die Rede sein kann; aus diesem Grunde sind die von einem patronus seinem libertus

²⁴⁾ So auch Tiraquellus Nr. 92; Garsias Nr. 54; Rümelin th. 27; Leyser spec. 436, med. 2 u. 3; G. L. Böhmer Nr. 51 Ziff. 7 und Nr. 126 Ziff. 9; Frembgen § 4; Hofacker § 1005, not. b.; Schildener S. 14 u. Curtius § 1342, not. a.

mit Rücksicht auf dessen prompte Leistung der operae officiales (l. 6. D. de oper. libert. 38,1), die von einem Dienstherrn (ausser dem bedungenen Lohn) dem Dienstboten lediglich mit Rücksicht auf dessen fleissiges und treues Verhalten, die von dem einen Ehegatten dem andern nur unter Berücksichtigung von dessen treuer Erfüllung der für ihn aus der Ehe entspringenden Pflichten, die von dem Vater dem Sohne wegen dessen bereitwilliger Erfüllung der ihm obliegenden Pietätspflichten u. s. w. gemachten Schenkungen durchaus keine remuneratorischen, sondern reine, einfache Schenkungen.

Auf Grund der in diesem § entwickelten Principien ist auch die Frage zu beantworten, ob es auf die Beurtheilung einer remuneratorischen Schenkung von Einfluss sei, dass dieselbe den Werth der zu vergeltenden Leistung, resp. Schenkung übersteigt; eine Anzahl von Schriftstellern²⁵⁾ behauptet dies allerdings und glaubt, dass der den Werth der ersten Leistung übersteigende Betrag nicht mehr als remuneratorische, sondern als gewöhnliche Schenkung zu betrachten und zu behandeln sei. Eine solche Anschauung ist jedoch nur dann erklärlich, wenn man auch diejenigen remuneratorischen Leistungen, welche nur in der äusseren Erscheinung, aber nicht mit der Absicht einer Schenkung gemacht werden, zur remuneratorischen Schenkung rechnet; in solchen Fällen ist allerdings das Werthverhältniss von Bedeutung. Wenn in einem solchen Falle, der nach unserer obigen Auseinandersetzung mit Unrecht hieher gezogen wird, mehr gegeben wird, als der Werth der vorausgehenden Dienste beträgt, so ist dies nicht theils eine remuneratorische, theils eine reine Schenkung, sondern es liegt im Zweifel, soferne nicht überhaupt gegenseitige Liberalität anzunehmen ist, ein negotium mixtum cum donatione vor. Soweit nämlich die Gabe den Werth der zu belohnenden

²⁵⁾ Gaill lib. 2. obs. 38. § 6; Garsias Nr. 51; Stryk, de benemer. c. 2. § 10 u. c. 4. § 93; Rümelin th. 29; Frembgen § 4; Hofacker § 1005; Bülow, Abhdlgn. Bd. II, Nr. 9 § 8 und in gewissem Sinne auch Vangerow § 125 Anm.

Leistung nicht überschreitet, ist sie überhaupt nicht als Schenkung, also auch nicht als remuneratorische anzusehen, sondern als solutio, resp. ^{solu}datio in solutum, da bis zu diesem Betrage auf Seiten des Gebers nicht ein animus donandi, sondern solvendi zu präsumiren ist. Der excedirende Betrag allerdings ist eine Schenkung, aber hinwiederum nicht eine remuneratorische, sondern eine reine; denn soweit die Vergeltungsabsicht wirken konnte, verlieh sie der Gabe die Qualität einer solutio, wesshalb für den weiteren Betrag ein anderes Motiv als reine Freigebigkeit zunächst nicht angenommen werden kann. Bezüglich der wirklichen remuneratorischen Schenkung aber — mag dieselbe für eine untaxirbare oder eine taxirbare Leistung gegeben werden, sofern nur die letztere, wie es z. B. beim mandatum oder der negotium gestio der Fall ist, nicht zu den gewöhnlich bezahlten gehört oder nicht aus einem sonstigen Grunde, wie z. B. in Folge eines ausdrücklichen Versprechens (l. 9. § 1. cf. D. quod metus causa 4,2 l. 19. § 1. D. 39,5), Belohnung derselben verlangt werden kann, — lässt sich für die Beibehaltung einer solchen Unterscheidung kein Rechtfertigungsgrund denken. Wenn der Schenker nach seinem subjectiven Gefühl die Leistung des (nunmehrigen) Donatars besonders hoch schätzt, so hat das Recht keine Veranlassung, ihm hierin entgegenzutreten. Bei der einzigen Veranlassung aber, wo überhaupt nach der hier vertretenen Anschauung die fragliche Unterscheidung von praktischem Werth sein könnte, nämlich im Falle einer Revocation, würde man durch dieselbe dem Schenker die Möglichkeit eröffnen, seine frühere Erklärung über den Werth, den er persönlich dem qu. meritum beilegte, nachträglich nach Belieben abzuändern, und so indirect gegen die Absicht des Gesetzgebers wirken, der die remuneratorische Schenkung gerade einer nachträglichen Einwirkung Seitens des Schenkers entziehen wollte (vgl. hieher auch § 7). Ueberdies würde die Durchführung jener Unterscheidung sehr häufig an der objectiven oder wenigstens subjectiven Unschätzbarkeit des betr. meritum scheitern.

Zu Zweifeln könnte endlich noch die Frage Anlass geben,

ob durch eine remuneratorische Schenkung wirklich das Vermögen des Schenkers vermindert und das des Beschenkten vermehrt werde und ob nicht vielmehr doch, wie es in l. 25. § 11. D. cit. heisst, ein *genus quoddam permutationis* sich vollziehe, da vorher der Letztere seinerseits eine Verminderung und der Erstere eine Vermehrung seines Vermögens in Folge des *meritum* erfahren hat. Zunächst wäre gegen eine Bejahung der letzteren Frage zu bemerken, dass das vorausgehende *meritum* ja nicht nothwendig in einer Geldschenkung oder einer überhaupt nur taxirbaren Leistung bestanden haben muss und schon deshalb nicht immer von einem reinen Austausch zweier Leistungen die Rede sein könnte. Aber selbst wenn jenes der Fall wäre, so würde die remuneratorische Schenkung doch eine Vermögensverminderung auf der einen Seite und eine Bereicherung auf der anderen zur Folge haben, da man den ganzen Vorgang nach dem Stande beider Vermögensmassen zur Zeit der Vornahme derselben beurtheilen muss. Da aber war die erste Leistung bereits in das Vermögen des nunmehrigen Schenkers übergegangen und dieser führt so durch die Schenkung wirklich eine Minderung seines derzeitigen Vermögens herbei, mag dasselbe vielleicht auch nach derselben dem früheren Stande gegenüber (vor der zu remunerirenden Leistung) noch als vermehrt erscheinen. Oekonomisch betrachtet kann sich die Sache allerdings so gestalten, dass der Vorgang nur wie ein Tausch aussieht und wirkt, allein, wie schon oben (§ 2, IV) bemerkt wurde, für die juristische Konstruktion kann dies nicht von Bedeutung sein.

Die wichtigsten Resultate der vorstehenden Betrachtungen lassen sich vielleicht in folgende Sätze zusammenfassen:

- 1) Die remuneratorische Schenkung ist ein Erwerb aus *lucrativem* Titel und unterscheidet sich von der gewöhnlichen (reinen) Schenkung lediglich durch das ihr zu Grunde liegende Motiv — Vergeltung einer Schenkung, Gefälligkeit oder Wohlthat —; demzufolge ist sie auch, vorbehaltlich besonders zu begründender

Ausnahmen, im Allgemeinen nach den für die Schenkung überhaupt geltenden Regeln zu beurtheilen.

- 2) Nicht alle Remunerationen, die ihrer äusseren Erscheinung nach als Schenkungen angesehen werden können, sind remuneratorische Schenkungen; vielmehr gehören hiezu nur diejenigen, zu deren Leistung der Geber in keiner Weise rechtlich genöthigt werden konnte; soferne ein rechtlicher Zwang möglich ist, ist im Zweifel keine donatio, sondern eine solutio (oder datio in solutum) gegeben.
- 3) (Ausnahmsweise kann auch bei Remunerationen der letzteren Art eine Schenkung vorliegen, nämlich dann, wenn die zu belohnende Leistung animo donandi und nicht animo obligandi gemacht wurde und mit Rücksicht hierauf auch die Remuneration nicht animo solvendi, sondern donandi erfolgt.
- 4) Werden gewöhnlich bezahlte Leistungen über ihren Werth belohnt, so ist dies — soferne nicht überhaupt der Satz unter 3) Platz greift — ein negotium mixtum cum donatione; der excedirende Betrag ist eine reine Schenkung.)

II.

Einzelne rechtliche Seiten.

§ 5.

1) Bedingungen für das gültige Zustandekommen einer remuneratorischen Schenkung.

Ueber die Frage, ob alle Beschränkungen und Regeln, welche für die reine Schenkung gelten, auch auf die remuneratorische Anwendung zu finden haben, bestehen selbst zwischen solchen Autoren Meinungsdivergenzen, welche bezüglich der principiellen Auffassung der letzteren übereinstimmen; demnach ist die principielle Entscheidung über die rechtliche Natur

dieses Rechtsgeschäfts nicht im Stande, bezüglich der einzelnen einschlägigen Fragen ein Präjudiz zu begründen, und wird es daher nothwendig, dieselben noch einzeln einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Was nun

I. die Personen betrifft, welche bei einer Schenkung thätig werden können, so ist allgemein anerkannt, dass 1) die minores und 2) die Vormünder regelmässig überhaupt keine Schenkung machen dürfen; dass 3) die Schenkung unter Ehegatten verboten ist, sowie 4) nach Ansicht der herrschenden Meinung¹⁾ auch heutzutage noch die Schenkung eines paterfamilias an seinen filiusfamilias ungültig ist. Es entsteht nun die Frage, ob dies Alles auch bei der remuneratorischen Schenkung der Fall sei.

Ad 1) Stryk c. 4. § 34 und 35, Rümelin th. 56, Frembgen § 8 (Nr. 13) und Hofacker § 1006 gewähren dem minor das Recht, auch ohne Mitwirkung seines curator eine remuneratorische Schenkung zu machen, während Thibaut (§ 499), der mit ihnen bezüglich der principiellen Anschauung auf derselben Seite steht, dies bestreitet. Der Hauptgrund der Ersteren liegt darin, dass zwar nach l. 3. C. de in integr. rest. minor. 2,22 der Mündel allein auch eine onerose Leistung — als welche sie ja auch die remuneratorische Schenkung betrachten — nicht gültig vornehmen könne, aber in l. 15. § 1. D. de manum. vindicta 40,2 für Remunerationen eine Ausnahme statuirt sei. Allein selbst wenn man ihren principiellen Standpunkt theilen würde, müsste man auf Grund der allegirten Stelle zur gegentheiligen Ansicht kommen, da in derselben zur Gültigkeit der Veräusserung durch den minor ein richterliches Decret verlangt wird (... honestum sit libertatem cum decreto praestare; quas aestimare debebit is, apud quem de ea re agatur), welches natürlich den Consens des curator überflüssig macht, zugleich aber auch bewirkt, dass der minor keine selbständige Veräusserungsbefugniss besitzt.

¹⁾ Seuffert § 483; Arndts § 436; Brinz S. 1202 fg.; Windscheid II. § 484,² und 516,¹⁶.

Ad 2) Von den Schriftstellern, welche den tutores und curatores das Recht einräumen, zu Remunerationszwecken eine Schenkung zu machen, berufen sich besonders Carpzov (p. II. constit. 11. def. 48), Garsias (Nr. 22), Stryk (c. 4. § 47—50), Rümelin (th. 69), Frembgen (§ 8 [Nr. 7]) und Hofacker (§ 1006) auf l. 1. § 2. D. de tutel. et ration. distrah. 27,³, l. 4. D. ubi pupillus educari 27,² und l. 12. § 3. D. de administr. et peric. tutor 26,⁷; allein in der ersten Stelle ist von keiner remuneratorischen Schenkung, sondern von der, noch dazu decreto interveniente, erfolgten Gewährung von Alimenten an die Mutter und die Geschwister des Mündels die Rede, in der zweiten von der Bezahlung der merces an die Lehrer des Mündels, in der dritten von der Ueberschickung von Gelegenheitsgeschenken an Verwandte und ebenfalls von einer Honorirung der Lehrer. Wie wir in § 2 Nr. I und in § 4 gesehen haben, ist eine solche aber keine wirkliche remuneratorische Schenkung, ebensowenig dürfte hiezu die Ueberschickung der munera solemnia gerechnet werden dürfen; in Folge dessen sind die angezogenen Stellen nicht schlüssig, vielmehr mit Giphanius (ad l. 34. D. 39,⁵ Nr. 21) und Thibaut (a. a. O.) den Vormündern auch die Befugniss, remuneratorische Schenkungen zu geben, abzusprechen.

Ad 3) Zur Begründung der Behauptung, dass, obgleich Schenkungen zwischen Ehegatten verboten sind, doch eine remuneratorische gültig gemacht werden könne, berufen sich viele Autoren ²⁾ auf die schon oben (§ 2, Nr. V) besprochene l. 7. § 2. D. de donat. inter vir. et uxor. 24,¹; allein abgesehen davon, dass diese Stelle, wie schon oben betont wurde, nicht von einer donatio remuneratoria, sondern von einer donatio reciproca handelt, so fällt besonders in's Gewicht, dass

²⁾ Zoesius ad Dig. l. 24. tit. 1. Nr. 16; Garsias Nr. 20 und 21; Lauterbach ad Dig. l. 24. tit. 1. § 8; Stryk, c. 4. § 22 fg.; Rümelin th. 63; Leyser spec. 436 med. 1; Frembgen § 8 (Nr. 6); Bülow Bd. II, Nr. 9 § 3; Thibaut § 499; A. C. H. von Hartitzsch, Handbuch des in Deutschland geltenden Eherechts, Leipzig 1828, § 206; Curtius § 1342.

auch die letztere in der fraglichen Stelle durchaus nicht an sich und als solche für gültig erklärt wird, sondern nur wenn und soweit dadurch in den Vermögensverhältnissen beider Theile keine quantitative Veränderung eintritt. Ergiebt sich schon hieraus, dass der Jurist gerade von dem gegentheiligen Satze ausgeht, dass nemlich solche Schenkungen eigentlich ungültig seien, so erhellt dies in noch höherem Grade, wenn man den Grund ins Auge fasst, wesshalb sie ausnahmsweise aufrechterhalten werden. Die beiderseitigen Schenkungen sollen compensirt werden; nun kann man sich aber weiter Nichts als Gegenstand dieser Compensation denken, ausser die jedem der beiden Ehegatten ebendarum zustehende *condictio*, weil ihre beiderseitigen Schenkungen als gegen das Gesetz verstossend nichtig sind und daher der Rückforderung unterliegen (*arg. l. 32. § 14. D. eod. tit.*). Selbst also in dem Falle, dass die kritische Stelle wirklich auf die remuneratorische Schenkung zu beziehen wäre, würde daraus kein Beweis für die Gültigkeit einer solchen zwischen Ehegatten entnommen werden können, da dieselbe einer solchen Annahme geradezu widerspricht. So haben denn auch manche Autoren³⁾, die im Allgemeinen der Theorie von der onerosen Natur der remuneratorischen Schenkung anhängen, anerkannt, dass unserer Stelle jegliche Schlüssigkeit für jenen von Anderen behaupteten Satz abgehe.

Auch sachliche Gründe sprechen gegen die Gültigkeit einer remuneratorischen Schenkung zwischen Ehegatten; denn „jede richtig geführte Ehe besteht von beiden Seiten in steter Erweisung von Liebe und Treue; sonach könnte hier jede Schenkung als remuneratorisch gelten, und das ganze Verbot wäre damit vernichtet.“ (*Savigny, Syst. IV, S. 89*). Die Rücksicht auf erwiesene Liebe und Treue, auf pflichtgemässe Erfüllung der aus der Ehe entspringenden Obliegenheiten könnte auch schon darum keine Grundlage für eine remuneratorische

³⁾ Giphanius ad l. 34. § 1. D. 39, s. Nr. 19 und 20; Fachineus lib. 3. c. 80; Everhard. Fabricius, *repetitiones Gailii*, Coloniae Atripinae 1727, observ. 40. sect. 2.

Schenkungen bilden, weil in einem solchen Verhalten kein meritorium zu finden ist (s. § 4. g. E.). Nun könnte allerdings vielleicht gefragt werden, ob nicht für ganz besondere Verdienste doch eine Ausnahme zu machen sei; ausserdem dass für eine bejahende Antwort sich keinerlei Anhaltspunkt in den Quellen finden lässt, dürfte dieser Frage wohl mit Recht die andere entgegengesetzt werden, ob überhaupt, wenigstens nach der germanischen und der allgemeinen modernen Auffassung der Ehe Leistungen denkbar seien, welche das durch das eheliche Verhältniss bedingte Mass von Liebe und Aufopferung überstiegen. Jedenfalls aber gehen diejenigen Autoren zu weit, welche wie Gaill (l. 2. obs. 40. § 8), Garsias (Nr. 26—28), Stryk (c. 1. § 47 und 48) und Rümelin (th. 65 fg.), eine reiche Casuistik von Fällen ausgebildet haben, in welchen eine remuneratorische Schenkung zwischen Ehegatten zulässig sein solle, so z. B. wenn der Mann bereits bejahrt oder nicht von Adel, die Frau dagegen jung, schön oder von adeliger Herkunft sei; wenn eine Frau von adeliger Geburt während der Krankheit ihres Ehegatten selbst kocht, denselben pflegt, ihm die Arzneien reicht, während der Nacht bei ihm wacht oder ihm ein weiches Lager zurechtmacht; wenn die Frau durch kunstvolles Sticken oder Malen etwas erwirbt und dergleichen; für solche Fälle eine Ausnahme zuzulassen, wäre wirklich, um mit Brunnemann (ad l. 7 § 2. cit. Nr. 4) zu sprechen, sine ratione ac lege.

Ad 4) Für die Gültigkeit einer remuneratorischen Schenkung des Vaters an seinem filius familias sprechen sich viele Schriftsteller⁴⁾ aus, indem sie zunächst die Behauptung aufstellen, die remuneratorische Schenkung constituire ein peculium adventicium, nicht profecticum des Haussohnes, da derselbe

⁴⁾ So Fachineus lib. 3. c. 74, 75; Garsias Nr. 42 fg.; Lauterbach ad lib. 39. tit. 5. § 25; Stryk, specimen usus moderni pandectarum, edit. VI., Halae Magdeburgicae 1735—1738, ad lib. 39. tit. 5. § 2. u. de benemeritis c. 4. § 10—14; Rümelin th. 55 fg.; Leyser spec. 436, med. 1 Nr. 8 u. med. 3; Frembgen § 8 (Nr. 5) u. § 11 (Nr. 24); Hofacker § 1006; Bülow a. a. O.; Thibaut § 499.

bezüglich dieses Erwerbes dem Vater gegenüber wie ein extraneus behandelt werde, und desshalb sei der Umstand, dass er noch in väterlicher Gewalt sich befinde, kein Hinderniss für einen selbständigen Erwerb jener Schenkung. Fragen wir aber, auf welches Quellenmaterial sich die dies lehrenden Autoren berufen können, so findet sich bei denselben keine einzige Stelle, welche in ihrem Sinne entschiede; sie citiren lediglich l. 27. l. 34 § 1. D. 39,5 und l. 9 § 1. D. quod metus causa 4,2, Stellen, die wohl von Remunerationen im Allgemeinen, aber nicht von solchen an den Haussohn handeln. Lediglich mit allgemeinen Sätzen und Consequenzen aus der rechtlichen Natur der remuneratorischen Schenkung, welche jene Schriftsteller fälschlich für eine Leistung oneroser Natur erklären, dürfte sich aber der von denselben aufgestellte Satz schwerlich genügend begründen lassen. Zu ebensowenig greifbaren Resultaten führt die Ansicht, dass wenigstens für merita singularia dem Haussohne eine gültige remuneratorische Schenkung gemacht werden könne; denn da mit Recht die merita obsequialia und officialia, d. h. diejenigen Leistungen, zu welchen der Haussohn seinem Vater gegenüber gesetzlich oder moralisch verpflichtet ist, hievon ausgeschieden werden, so dürfte es äusserst schwer sein, die Gränze zu bestimmen, wo eigentlich diese Verpflichtung des Haussohnes aufhört und das Gebiet der merita singularia beginnt, zu welchen der Sohn nicht schon in Folge seines Verhältnisses zum Vater verpflichtet ist.

Endlich werden eine Anzahl von Stellen angeführt, in welchen lediglich das Wort merere vorkommt; an dieses hat man sich angeklammert, ohne weiter zu untersuchen, ob man es sich wirklich dabei um eine zur Belohnung von merita gegebene remuneratorische Schenkung handle. So heisst es in l. 77. § 25 de legatis II^o: Rogo, filia, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit; wie nun das im Folgenden als Gegensatz des merere erscheinende offendere zeigt, scheint jener Satz nicht dahin verstanden werden zu müssen, dass die Kinder besondere merita nachzuweisen hätten,

sondern es genügt schon, wenn nur nicht das gerade Gegentheil vorgekommen ist; obiger Satz ist demnach zu übersetzen mit: „so wie es jedes um dich verdient“; in ähnlich indifferenter Bedeutung findet sich das Wort *merere* in l. 11. § 8. D. de legat. III^o, l. 46. § 3. D. de fideicom. libert. 40,5 und anderen Stellen. Die Vertheilung hinwiederum, von welcher die Rede ist, ist auch nicht als solche unter Lebenden, sondern von Todeswegen gemeint, so dass es sich überhaupt nicht um eine Schenkung handeln dürfte. Endlich aber ist das vertheilende Subject nicht der *paterfamilias*, in dessen *patria potestas* sich der Empfänger befände, sondern die Mutter, ein Grund, der allein schon genügt, um der fraglichen Stelle jegliche Schlüssigkeit für den behaupteten Satz zu entziehen. Ebenso ist in l. 3. pr. C. de secund. nupt. 5,9 von der Mutter und nicht vom *paterfamilias* die Rede; ferner handelt diese Stelle nicht von einer remuneratorischen Schenkung, sondern von der Vertheilung des *lucrum nuptiale* an die Kinder der ersten Ehe Seitens der *mater binuba*; auch soll diese Vertheilung nur „*contemplatione meritorum*“ erfolgen, also das Betragen der Kinder nur als Massstab für Bestimmung der einzelnen Quoten dienen, nicht aber sind die *merita*, wie bei der remuneratorischen Schenkung, die Veranlassung der Leistung; letztere erfolgt vielmehr in Folge gesetzlicher Verpflichtung, ein Umstand, der zugleich beweist, dass sich in der fraglichen Constitution die Sache gar nicht um die Gültigkeit oder Ungültigkeit der betr. Zuwendung dreht, während man gerade in dieser Richtung für die remuneratorische Schenkung ein Argument aus derselben ableiten will. In l. 13. C. de legit. hered. 6,58 ferner und der aus Nov. 92. c. 1. entnommenen Authent. *Unde si parens* ad l. 6. C. de inoff. test. 3,28 hat das Wort *merere* wie in manchen anderen Stellen (z. B. l. 5. § 2. D. de his quae ut indignis 34,9 l. 41. C. de decuriou. 10,30) nur die Bedeutung „bekommen“, „erhalten“. Was endlich Rümelin l. c. mit l. 3. C. fam. ercisc. 3,36 beweisen zu können glaubt, ist uns geradezu unklar, da in dieser Stelle weder von einer Schenkung noch von einem meri-

tum noch überhaupt von etwas sonst hieher Bezüglichem die Rede ist.

Auf das richtige Mass beschränkt⁵⁾, enthält der obige Satz, dass die remuneratorische Schenkung für den Haussohn zum *peculium adventicium* werde, allerdings ein wahres und richtiges Element; wenn nämlich das Hauskind dem Vater solche Dienste geleistet hat, für welche eine Bezahlung hergebracht und üblich ist und zu deren Verrichtung der Vater sonst hätte einen Anderen miethen müssen, und die andrerseits der Vater nicht vermöge seiner *patria potestas* noch in Folge des Erziehungsverhältnisses zu fordern berechtigt war, so steht das Hauskind bezüglich dieser allerdings dem Vater wie ein *extraneus* gegenüber, da es in Wirklichkeit nur an Stelle eines solchen die betr. Arbeit übernommen hat; die hiefür gewährten Remunerationen fallen darum dem Hauskind auch als *peculium adventicium* (resp. bei gewissen Berufsarten als *peculium quasi castrense*) zu (arg. l. 6. C. de bon. quae liber. 6,61); „denn sie sind offenbar *laboribus filiifamilias* erworben und dass die Vergütung dafür *ex re patris* kommt, ist rein zufällig“ (Marezoll a. a. O. S. 275). Remunerationen dieser Art haben wir aber im vorigen § allgemein als ausserhalb des Bereiches der Schenkung liegend betrachtet und müssen dasselbe auch bezüglich der hier fraglichen thun, umsomehr als manche Autoren, wie z. B. Carpzov, Kraut und Sintenis, dem Haussohne auch das Recht gewähren, für diese Leistungen einen Lohn zu fordern, mit der Anerkennung eines Forderungsrechts auf Belohnung aber die letztere regelmässig die Qualität einer Schenkung verliert, sollte sie auch äusserlich als solche erscheinen.

⁵⁾ Vergl. zum Folgenden Carpzov, p. II. const. 10. def. 8 Nr. 6—8; Marezoll, „Revision der Lehre von den sog. Adventicien“ in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. 8. S. 271 fg.; W. Th. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts, Göttingen 1835—1859, Bd. II. S. 638 fg. (§ 109); B. W. Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 7, Nr. VII S. 156 fg.; Sintenis § 141,¹⁶; Windscheid Bd. II, § 516,¹².

II. Bezüglich des Objectes herrscht im Allgemeinen Uebereinstimmung darüber, dass auch zu Remunerationszwecken nur solche Sachen geschenkt werden können, welche Gegenstand einer reinen Schenkung sein können; nur bezüglich der *res ecclesiasticae*, behaupten Einige⁶⁾, sei eine Ausnahme zu machen; dieselben berufen sich zumeist auf c. 5. X. de donationibus 3,24: Per tuas litteras proponere procurasti, quod cum quidam nobiles Florentini tempore schismatis episcopum Florentinum in domo sua tenuerunt, idem Episcopus sedata schismatis tempestate de mandato Alexandri Papae quatuor modios terrae in feudum concessit eisdem, ohne zu bemerken, dass gerade diese ihre Hauptstelle ein Gegenargument gegen ihre Ansicht enthält, da der Bischof ja erst „de mandato Papae“ schenkte, also nachdem er die Erlaubniss zur Veräusserung der principiell unveräusserlichen Sache erhalten hatte. In der von Stryk l. all. angezogenen, der Nov. 39. c. 1. entnommenen, Auth. Res quae subiacent ad l. 3. § 3 C. comm. de legatis 6,43 können wir Nichts finden, was auf unsere Frage Bezug hätte: ebenso bietet die von Rümelin citirte l. 6 D. de bon. damn. 48,20, mit welcher er beweisen will, dass *res alias donari prohibitae* remuneratorisch geschenkt werden dürfen, keinen Anlass, dieselbe hieher zu ziehen; das Wort *munerari* bedeutet dort, wie der Zusammenhang lehrt, nicht „wiederschenken“, sondern „schenken“; von einer remuneratorischen Schenkung ist im ganzen Fragment keine Rede, man müsste denn die den praesides provinciarum gegebene Weisung, die *pannicularia* nicht für sich zu behalten, sondern „si qui fortiter fecerint milites, inde eis donare“, hieher beziehen wollen; keinesfalls handelt es sich aber dabei um *res alias donari prohibitae*.

Hingegen macht Schildener (S. 29 und 30) mit Recht darauf aufmerksam, dass in l. 14. C. de SS. Eccl. 1,2 ohne jede Ausnahme die Veräusserung von *res ecclesiasticae* ver-

¹⁾ Brunnemann, consilia sive responsa academica, opus posthumum ex schedis b. autoris collectum . . . a Sam. Strykio, edit. II., Francofurti ad Viadrum 1704, consil. 1, Nr. 21; Stryk, de benemer. c. 4 Nr. 65; Retes c. 12 Nr. 2; Rümelin th. 76 u. 77; Frembgen § 8 (Nr. 8).

boten wird und dass in Nov. 120. c. 1. speciell auch für remuneratorische Schenkungen (*ἐπ' ἀρτιδώρῳ δίδόναι* = sub alterno dono dare (Vulg.), in remunerationem dare (Hombergk)) das gleiche Verbot aufrecht erhalten ist.

III. Obwohl in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung⁷⁾ Stryk (c. 4 Nr. 63) und Frembgen § 7 (Nr. 4) ausdrückliche oder wenigstens stillschweigende Acceptation als Vorbedingung der Perfection einer Schenkung erklären, in welcher Form auch immer die letztere erfolgen möge, wollen dieselben für die remuneratorische Schenkung eine Ausnahme statuiren, indem sie von der Ansicht ausgehen, dass diese Art von Schenkungen den Charakter einer onerosen Leistung besitze, und sich ferner auf l. 47. D. de obl. et act. 44,7 berufen, durch welche die Liberation als eine res favorabilis erklärt werde, wesshalb man jedes rechtlich zulässige Mittel benützen dürfe, um eine solche Leistung aufrecht zu erhalten. Nachdem wir aber (in § 3) gesehen haben, dass die als Substrat der Liberation gedachte obligatio antidotalis keine obligatio naturalis im technisch-juristischen Sinne ist und (in § 4) dass die remuneratorische Schenkung ebenso wie jede andere ein Erwerb aus lucrativem Titel ist, hat die angezogene Stelle für uns keinerlei Bedeutung.

IV. Eine viel erörterte Frage ist die, ob die remuneratorische Schenkung, soweit sie den Betrag von 500 solidi übersteigt, der Insinuationsvorschrift⁸⁾ unterworfen sei oder

⁷⁾ cf. Cuiacius observat. l. 2. c. 38; Walch, l. c. sect. 3. cap. 3. membr. 1. § 6; Seuffert § 363,²⁾ Schilling III S. 759 u. 839 fg.; Arndts § 80,³⁾ Wächter II § 84; Windscheid Bd. II § 365,⁵⁾ Brinz S. 1546; Siebenhaar a. a. O. S. 213 fg., besonders wegen l. 18 pr. D. de reb. cred. 12,¹⁾ l. 10. l. 19. § 2. D. de donat. 39,⁵⁾ l. 55. D. de obl. et act. 44,⁷⁾ l. 26. C. de donat. 8,⁵⁴⁾ denen noch l. 69. D. de reg. iur. 50,¹⁷⁾ angereicht werden könnte, gegen Meyerfeld § 6, Nr. 1–9 (S. 34 fg.) u. Savigny, Syst. IV, S. 145–165, § 160 u. 161. — Unsere Ansicht über diese Frage ist aus der in § 4 gegebenen Definition der Schenkung (vgl. dort besonders Note 1 a)) unschwer zu erkennen.

⁸⁾ Ueber die Geschichte der Insinuationsvorschrift vgl. Marezoll, „über die zur donatio inter vivos nöthige Form“ im Magazin für Rechts-

nicht⁹⁾. Im Allgemeinen richtet sich die Beantwortung derselben je nach dem Standpunkt, welchen die verschiedenen Schriftsteller bezüglich der rechtlichen Natur der remuneratorischen Schenkung einnehmen; diejenigen, welche in derselben eine Leistung aus onerosem Titel sehen, sprechen sich naturgemäss im verneinenden Sinne aus, während diejenigen, welche sie allen von der gewöhnlichen Schenkung geltenden Regeln unterwerfen, auch in dieser Beziehung ihren Standpunkt beibehalten; unter den Anhängern der ersteren Meinung machen jedoch G. L. Böhmer (Rechtsfälle, Nr. 126 Ziff. 12), Gebrüder Overbeck (267. Medit.), Bülow (Bd. II Nr. 9) und, wenn auch zögernd, Thibaut (§ 499), mit aller Entschiedenheit aber auch J. R. Braun¹⁰⁾ eine Ausnahme, während von den auf der anderen Seite stehenden Autoren lediglich Glück (XX. S. 244) eine von der sonst mit ihm übereinstimmenden Schriftsteller divergirende Ansicht vertritt.

Neben den besonders aus ihrer Grundanschauung über die rechtliche Natur der remuneratorischen Schenkung abgeleiteten Gründen legt die unsere Frage verneinende Theorie sehr viel Gewicht auf die ratio legis, welche der Insinuationsvorschrift zu Grunde liegen soll, und meint, da dieselbe bei

wissenschaft und Gesetzgebung von Grolmann u. v. Löhr, Bd. IV, Nr. XI Ziff. 5 (S. 175 fg.) und „über die Insinuation der Schenkungen nach dem neuesten römischen Recht“ in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I. S. 1—4; Liebe a. a. O. § 11 (S. 133 fg.); Schilling III S. 850 fg.; Chr. Maur. Hesse, de insinuatione donationum rite conficienda, Lipsiae 1844, § 2 fg.; Savigny, Syst. IV. § 165 (S. 194 fg.).

⁹⁾ Vergl. hiezv besonders C. F. G. Koenig (praes. J. W. de Goebel), de donationibus, quae iudicialibus sunt inserendae tabulis etc., Helmstadii 1738, § 19; Pufendorf observat. tom. I. Nr. 18; Marezoll, Zeitschrift etc. Bd. I S. 30 fg.; Savigny, Syst. IV S. 96 fg. u. S. 223 fg. Schilling III S. 919 fg.; J. Bremer, „zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen“ in Ihering u. Unger's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 13 (N. F. Bd. 1) S. 93 fg. u. S. 101 fg.

¹⁰⁾ Erörterungen über die bestrittensten Materien des römischen Rechts in Zusätzen zu Thibaut's Pandektensystems 7. Aufl., Stuttgart 1831, ad § 903 u. 910.

unserer Schenkung nicht zutrefte, könne auch die aus ihr hervorgegangene Vorschrift keine Anwendung finden. Allein, mag man nun den Grund der Insinuationsvorschrift¹¹⁾ darin finden, dass dadurch Betrügereien oder sonstige Verkürzungen zum Nachtheile dritter Personen verhütet oder dass ein sicheres Beweismittel gegen allenfallsige Angriffe durch den Schenker selbst, dessen Erben oder Gläubiger geschaffen, dass hinterlistige Verleitung des Schenkers zur Schenkung nach Möglichkeit ausgeschlossen, oder die Vornahme einer Schenkung überhaupt erschwert, dass der Verschwendung und dem Leichtsinne gesteuert oder dem Schenker Gelegenheit zur nochmaligen Ueberlegung als Schutz gegen unbesonnene Freigebigkeit gewährt werden wollte und dergleichen¹²⁾, — so können alle diese Rücksichten auch bezüglich der remuneratorischen Schenkung Platz greifen, selbst wenn man in derselben eine Leistung oneroser Art sehen wollte. Ja, gerade bei der Fülle von Verschiedenheiten bezüglich der rechtlichen Beurtheilung, welche die letztere Ansicht gegenüber dem Rechte der reinen Schenkung zur Folge hat, wäre zur Verhütung von Streitigkeiten über die Präjudicialfrage, ob eine Schenkung eine reine oder eine remuneratorische sei, die Insinuation unseres Ermessens höchst wünschenswerth und die ratio legis, wenn irgendwo, gewiss hier am Platze. Beweis genug hiefür dürfte darin liegen, dass die Anhänger der Formfreiheit sich zur Entwicklung einer ziemlich umfangreichen Lehre über den Beweis einer remuneratorischen Schenkung genöthigt sahen¹³⁾, im Hinblick

¹¹⁾ Vergl. hiezu besonders Hesse § 6 u. 7.

¹²⁾ Mit Rücksicht auf l. 27. C. de donat 8,54 (si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest vel id, quod vere gestum est, aboleri) u. die durch l. 30. C. eod. tit. und Nov. 127. c. 2 eröffnete Möglichkeit, von irgendwelcher obrigkeitlicher Person, auch wenn für dieselbe keinerlei Competenz bezüglich des Schenkers oder des Schenkungsobjects begründet ist, die Insinuation vornehmen zu lassen, will es uns bedünken, als sollte durch dieselbe lediglich eine genaue Einsicht in die die Schenkung begleitenden Umstände u. die Veranlassung derselben, kurz in „id quod vere gestum est“ ermöglicht werden.

¹³⁾ Vgl. unter Anderen bes. Joach. Mynsinger, singularum obser-

auf die selbst einige Vertreter derselben Ansicht¹⁴⁾ es vorzogen, die Vornahme der Insinuation, besonders wegen der grossen Schwierigkeit eines Beweises der *merita*, als den sichereren Weg zu empfehlen.

In anderer Weise plaidirt für die Formfreiheit ein (in den Wochenblättern für merkwürdige Rechtsfälle etc. Jahrg. 1847, Nr. 65 (S. 212 fg.) und in Seufferts Archiv Bd. I Nr. 342 mitgetheiltes) Erkenntniss des Oberappellationsgerichts zu Dresden; dort heisst es, die Nothwendigkeit der Insinuation bilde die Ausnahme, die Formlosigkeit die Regel und man müsse solche Ausnahmsvorschriften, besonders wenn sie die Beobachtung von Solennitäten zum Inhalt haben, möglichst restrictiv auslegen. Der erste Satz kann jedoch nur dann als annähernd richtig anerkannt werden, wenn man sich darauf beschränkt, die Zahl der Fälle, in welchen Schenkungen unter 500 *solidi* gemacht werden, mit der jener Fälle zu vergleichen, in welchen diese Summe überschritten wird; juristisch betrachtet aber ist derselbe unrichtig. Wie nämlich die Geschichte der Insinuationsvorschrift zeigt (cf. l. 1. Cod. Theod. de sponsal. 3,5 l. 1. l. 6. Cod. Theod. de donat. 8,12), war ursprünglich die Insinuation für alle Schenkungen als unumgängliche Form vorgeschrieben und sind erst allmählich durch die spätere Gesetzgebung (besonders Justinian's) die Schenkungen unter dem genannten Betrage davon befreit worden; hiernach erscheint vom Standpunkt der Insinuationsvorschrift aus die Formfreiheit und nicht die Nothwendigkeit der Beobachtung der Form als die Ausnahme.

Cuiacius (observ. l. 27. c. 40) bringt als weiteres Argument vor, dass in Nov. 118 für die *donatio propter nuptias* eine Ausnahme von der Insinuationsvorschrift gemacht werde,

vationum imperialis camerae centuriae VI, edid. A. de Reyger, Coloniae Agrippinae 1697, cent. 4. obs. 75 u. 88; Joa. a Sande, decisiones Frisicae, edit. II., Leovardiae 1639, lib. 4. tit. 1 defin. 3.; Leyser spec. 436, med. 3; Hofacker § 1005.

¹⁴⁾ So besonders Lauterbach ad lib. 39. tit. 5. § 17; Schilter exercit. 43 (ad l. 39. tit. 5) § 12 u. Frembgen § 10 (Nr. 21).

„quia pensatio est sive remuneratio aut sacoma dotis“ und dass auch in l. 20. C. de donat. ante nuptias 5,³ jene bezeichnet werde als „ἀντιφέρνη potius quam simplex et mera donatio, ανταπόδομα non δόμα“, dass desshalb auch die remuneratorische Schenkung, von welcher nach den citirten Stellen die donatio propter nuptias nur eine species sei, zu ihrer Giltigkeit der Insinuation nicht bedürfe. Allein im c. 1 der Nov. 119 (nicht 118, wie es wenigstens in der 1598 zu Köln erschienenen Ausgabe der observationum et commendationum libri XXVIII heisst) findet sich die von Cuiacius behauptete Motivirung keineswegs und der einzige Anhaltspunkt für seine Behauptung dürfte in den Worten liegen μὴ ταῖς ἄλλαις δωρεαῖς αὐτὴν συναριθμεῖσθαι διὰ τοῦ παρόντος νόμου θεσπίζομεν, επειδὴ αὐτὴ ἰσότης προικὸς ἐπιδίδοται (= quoniam pro ea aequalitas dotis offertur (Vulg.), quoniam pro ea aequalis dos datur (Hombergk)); ebenso enthält l. 20. C. cit. im pr. nur die Worte „quasi antipherna haec possunt intelligi et non simplex donatio“, wobei zu bemerken ist, dass schon die Glosse ad h. l. das Wort antipherna erklärt als gleichbedeutend mit contra dotem datio, da φέρνη gleich dos sei. Selbst wenn jedoch die allegirten Stellen den von Cuiacius behaupteten Inhalt hätten und demzufolge die donatio propter nuptias für eine Unterart der remuneratorischen Schenkung zu betrachten wäre, so liesse sich jedenfalls noch darüber streiten, ob bezüglich der Eximirung von der Insinuationsvorschrift eine analoge Ausdehnung zulässig wäre; da jedoch die ganze in jenen Stellen gesuchte Grundlage für diesen Beweis fehlt, ist auch eine eingehendere Besprechung dieser Frage überflüssig.

Ueber den Werth des Arguments, welches Leyser (spec. 436 med. 1) und Quistorp (Beiträge Nr. 55 Ziff. 2) aus dem Worte irrevocabilis der l. 34. § 1. D. 39,⁵ ableiten und gegen das sich schon Bülow (Bd. II. Nr. 9. Not. 11, S. 87) erklärt hat, s. des Näheren weiter unten.

Glück a. a. O. endlich meint, die Insinuation sei desshalb nicht erforderlich, „weil die neueren Constitutionen, welche bei grösseren Summen die gerichtliche Insinuation vorschreiben,

nur eine Fortsetzung der lex Cincia enthalten“, diese aber nach l. 27. und l. 34. § 1. D. 39,5 remuneratorische Schenkungen nicht treffe. Hieran ist nun soviel richtig, dass die Gesetze über die Insinuation allmählich an die Stelle der lex Cincia getreten sind, „ohne dass man aber diese beide darum in allen ihren näheren Bestimmungen und Zwecken für ganz congruent zu halten nöthig hat“¹⁵⁾; vielmehr besteht zwischen beiden der grosse Unterschied, dass eine Uebertretung der ersteren Nichtigkeit zur Folge hat, während bei einem Verstoss gegen die lex Cincia nur, soweit die summa legitima überschritten wurde, eine exceptio gewährt wurde; die Insinuationsvorschrift begründet lediglich eine bestimmte Form, im Effecte allerdings eine Erschwerung, für grössere Schenkungen, der Hauptzweck der Bestimmungen der lex Cincia hingegen war eine Beschränkung der Schenkungen, ein Verbot der grösseren Schenkungen überhaupt. Desshalb darf man daraus, dass tatsächlich die Insinuationsvorschrift die Nachfolgerin der Bestimmungen der lex Cincia geworden ist, noch keineswegs folgern, dass sie in jeder Hinsicht, also auch bezüglich ihrer Anwendbarkeit auf die remuneratorischen Schenkungen an die Stelle derselben getreten sei. Für einen analogen Fall, nämlich bezüglich der exceptae personae der lex Cincia (Vatic. fragm. § 298—309) ist dies ausdrücklich bestimmt worden, indem Constantin (l. 27. C. de donat. 8,54) das frühere Privilegium derselben aufgehoben hat.

Für die Nothwendigkeit der Insinuation hingegen spricht der klare Wortlaut der einschlägigen Constitutionen (l. 34 pr. Cod. de donat. 8,54: Sancimus omnes donationes etc.); unter den durch l. 36. Cod. eod. statuirten Ausnahmen befindet sich die remuneratorische Schenkung nicht. Ein weiteres Argument lässt sich aus § 2. J. de donat. 2,7 ableiten; darin nämlich, dass Justinian dort unter Hinweis auf die allegirte Constitution von den Ausnahmen spricht, die er bezüglich der Insinuationsvorschrift zugelassen habe, dürfte die Andeutung

¹⁵⁾ Hasse, „von der Schenkung Todes halber“, § 4, im Rhein. Museum Bd. III S. 1.

liegen, dass weitere Exemptionen von ihm nicht gewollt seien. Ganz ausdrücklich aber sagt er dies in l. 19. i. f. Cod. de S.S. Eccl. 1,2: *Sin vero amplioris quantitatis donatio sit . . . non aliter valeat, nisi actis intimata fuerit; nulli danda licentia, quacunque alia causa quasi pietatis iure subnixa praeter eas, quas specialiter exposuimus, introducenda, veterum scita super intimandis donationibus permutare.* Dass auch die ratio legis, für welche der verschiedenen Ansichten über dieselbe man sich auch entscheiden möge, weit mehr zu Gunsten des Erfordernisses der Insinuation als gegen dasselbe spricht, wurde schon oben betont. Bei solcher Sachlage dürften wir wohl in der Lage sein, auf das ziemlich gesuchte Argument von Giphanius (ad l. 27. Cod. cit. Nr. 48), dass unter die in der Novella 50. Leonis besprochenen Schenkungen auch die remuneratorische zu subsumiren sei, zu verzichten, umsomehr als die postjustinianeische Gesetzgebung auch nicht einmal recipirt worden ist; das weitere Argument desselben Autors aber, dass die von der entgegengesetzten Theorie angezogenen Stellen (l. 27. und l. 34. § 1. D. 39,5) schon desshalb nicht auf die Insinuation bezogen werden dürften, weil die letztere erst durch Constantin eingeführt worden sei, die allegirten Fragmente aber aus einer viel früheren Zeit stammten, müssen wir geradezu als falsch bezeichnen, weil dasselbe dem bekannten Grundsatz von der Einheit der justinianeischen Compilation¹⁶⁾ widerspricht. Die Unanwendbarkeit jener Digestenstellen beruht auf ganz anderen Gründen: bezüglich der ersteren derselben glauben wir oben (§ 2. Nr. I) den Nachweis geliefert zu haben, dass dieselbe mit der lex Cincia in keinem Zusammenhang gestanden hat, sodass dieselbe selbst dann für die Insinuationsvorschrift keine Bedeutung hätte, wenn die letztere ganz nach den bezüglich jenes Gesetzes geltenden Grundsätzen zu beurtheilen wäre; dass aber auch die zweite Stelle keinen Bezug auf die Insinuationsvorschrift hat, werden wir im Folgenden darzulegen suchen.

¹⁶⁾ Vergl. Schmidt, Methode etc., § 1, 66, 72 u. 89.

Die deutsche Praxis hat sich überwiegend für die Nothwendigkeit der Insinuation ausgesprochen¹⁷⁾, zumeist schon in Consequenz der Stellung, welche sie zur remuneratorischen Schenkung überhaupt eingenommen hat.

Als Ausnahme von der Regel, dass alle remuneratorischen Schenkungen unter der gleichen Voraussetzung wie die reinen der Insinuationsvorschrift unterliegen, lehren auf Grund der oft citirten l. 34. § 1. D. de donat. 39,5 Seuffert (§ 372), Kritz (S. 6), Meyerfeld (§ 19, Note 32 und 67—70; § 23, Note 21), Savigny (System. IV. S. 96 fg. und S. 223), Schilling (III S. 921, 928 und 929), Heimbach (im Rechtslex. IX S. 654), Windscheid (§ 368,¹¹⁾ Brinz (S. 1545 und 1562), E. Zimmermann (S. 42) und Liebmann (S. 60), dass eine Schenkung zur Belohnung einer Rettung aus Lebensgefahr — Schilling fügt bei „und für solche Dienstleistungen, die nicht gewerblicher Natur sind und daher nicht nach einem bestimmten Geldwerth geschätzt werden können“ — nicht insinuirt werden müsse, da der Jurist oder vielmehr die Compileren sagen, eine solche Schenkung sei irrevocabilis (derselbe Ausdruck, auf Grund dessen, wie schon oben bemerkt wurde, Leyser und Quistorp für die Formfreiheit der remuneratorischen Schenkungen überhaupt eintreten).

Es muss nun allerdings zugegeben werden, dass dieses Fragment in seiner ursprünglichen Fassung (in Paul. R. S. lib. V. tit. 11. § 6; cf. oben § 2, Nr. II) wirklich für den Fall der Lebensrettung eine Ausnahme von den Vorschriften

¹⁷⁾ Vergl. Archiv f. Civil- und Kriminalrecht der K. Preuss. Rheinprovinzen Bd XII. (1828), S. 160 fg., ferner Seuffert's Archiv IV, 118, V, 18, XI, 241, XIII, 26, XVIII, 37, 38, 136 u. XXV, 238, ferner ein in den Wochenblättern für merkwürdige Rechtsfälle Jahrg. 1870 Nr. 91 mitgetheiltes Erkenntniss des Appellationsgerichts zu Dresden vom 25. Jan. 1870 (letzteres auf Grund des Art. 1064 des bürgerl. Gesetzb.), während allerdings bis dahin sich die sächsische Praxis (vergl. Wochenblätter Jahrg. 1852—1869), ebenso wie die Urtheile bei Seuffert I, 340, 342, III, 265 und VIII, 132, im gegentheiligen Sinne ausgesprochen hatte.

der lex Cincia enthielt, welche, wie uns bedünken will, Unterholzner (im Rhein. Mus. II S. 462) mit Unrecht auf alle remuneratorischen Schenkungen ausdehnt, während Hasse (ebenda I. S. 216) dieselbe richtig auf den speciellen Fall beschränkt; der Grund zur Statuirung dieser Ausnahme lag in der Unschätzbarkeit des fraglichen Dienstes, in Folge deren man eine solche Schenkung den durch das cincische Gesetz aufgestellten Beschränkungen bezüglich der zulässigen Quantität entziehen wollte; gegenüber der Insinuationsvorschrift aber, welche eine solche Beschränkung nicht mehr enthält, lag auch kein Bedürfniss der Exemption mehr vor. Hätten die Compilatoren ein solches als vorhanden anerkannt, so wäre es ihnen möglich gewesen, demselben durch Aufnahme der Stelle in ihrer ursprünglichen, unveränderten Fassung gerecht zu werden. Sie haben aber dieselbe nur mit bedeutenden Aenderungen und in einer solchen Form aufgenommen, dass der Causalsatz (quod placuit), wie wir oben (§ 2, Nr. II) gesehen haben, der ganzen Konstruktion unserer Digestenstelle nach gar nicht mehr dazu dienen kann, die Hauptentscheidung derselben — früher Ausschluss der Beschränkungen der lex Cincia, jetzt der Revocabilität — zu motiviren¹⁸⁾, sondern dass derselbe jetzt lediglich den Grund angibt, wesshalb man eine solche Gabe als Schenkung zu betrachten habe. Bei solcher Auffassung der Stelle kann es für die Entscheidung der vorliegenden Frage nicht von Einfluss sein, dass in derselben, wie Savigny und Andere betonen, „ausschliessendes Gewicht gerade auf die Eigenthümlichkeit dieses, völlig unschätzbaren, Dienstes“ gelegt wird (Syst. IV, S. 99, § 153 not. t.).

Neben der hieran sich knüpfenden Frage, ob überhaupt unsere Stelle in ihrer jetzigen Form noch auf den in derselben besprochenen speciellen Fall zu beschränken sei, die wir übri-

¹⁸⁾ Um eine solche Beziehung aufrecht erhalten zu können, sieht sich Savigny genöthigt, die unbezweifelte Lesart des Florentiner Codex (non merces) als „sinnlos“ zu bezeichnen, und Liebmann eine sehr gewagte und gesuchte Konstruktion der Stelle anzunehmen (cf. oben § 2).

gens verneinen zu müssen glauben (s. des Näheren unten § 7), erhebt sich die weitere, ob dieselbe nach der Interpolation, die sie erfahren hat, noch auf die Insinuationsvorschrift bezogen werden könne. Die Vertreter der bejahenden Beantwortung dieser letzteren Frage haben allerdings die Basiliken und deren Scholien (l. 47. tit. 1. th. 33. und besonders schol. 3. ad h. th. — edit. Heimbach. IV, p. 579) auf ihrer Seite; es wurde jedoch schon von Marezoll (Zeitschr. S. 37 fg.) darauf aufmerksam gemacht, dass der Ausdruck *irrevocabilis* „nicht auf die Insinuationsvorschrift, sondern auf den Widerruf der Schenkung wegen nachherigen Undankes“ zu beziehen sei, weil bei Versäumung der Insinuation „keine Revocation, wie wegen Undankes, eintritt, sondern die Schenkung, soweit sie der Insinuation bedurfte, von selbst ungültig, nichtig ist.“ Diesem Bedenken gegenüber sagen Savigny (S. 98. not. s.) und die ihm beistimmenden Schriftsteller: „Auch die Nichtigkeit zeigt sich practisch nur durch Revocation“; diese Entgegnung basirt aber mehr auf einer rein äusserlichen, praktischen Betrachtung, bei welcher allerdings unter gewissen Umständen die Revocation wegen Undanks und die Zurückforderung wegen Nichtigkeit ganz gleich erscheinen mögen; aber eine Prüfung derselben auf dem Standpunkte der Theorie zeigt, dass die Zurückforderung wegen Nichtigkeit in Folge mangelnder Insinuation und die Revocation wegen Undanks in ihrem innersten Wesen so total verschieden sind, dass man nicht annehmen kann, dass beide durch einen Ausdruck gemeinsam umfasst werden sollten. Bei jener wird ein von Anfang an vorhandener Nichtigkeitsgrund, bei dieser ein erst nachträglich eintretender Anfechtbarkeitsgrund geltend gemacht¹⁹⁾; jene erfolgt primär durch *rei vindicatio* und erst subsidiär durch eine *condictio* (*sine causa* oder auch *ex iniusta causa*: l. 34. § 2. C. de donat. 8,54 l. 6. D. de donat. inter vir. et uxor. 24,1 arg. l. 5. § 18. D. eod. cf. Giphanius ad l. 21. D. 39,5 Nr. 7; Sintenis § 23,41), diese lediglich durch eine *condictio ex lege*,

¹⁹⁾ s. Savigny selbst, Syst. IV S. 218 u. 230.

ohne dass eine rei vindicatio²⁰⁾ zu Gebote stünde²¹⁾; jene Rechtsmittel gehen als rein reipersecutorisch auf den Erben des Schenkers über und können auch gegen den Erben des Donatars in Anwendung gebracht werden (§ 1. J. de action. 4,6), dieses hingegen steht als eine actio vindictam spirans nur dem Schenker selbst und gegen den Beschenkten selbst²²⁾ zu Gebote²³⁾. In richtiger Würdigung dieser Verschiedenheiten besprechen daher auch Mackeldey, Seuffert, Vangerow und Keller die Rückforderung einer wegen fehlender Insinuation nichtigen Schenkung bei der Lehre von der Form der Schenkung, nicht aber bei der vom Widerruf.

Zur weiteren Stütze seiner obigen Behauptung bemerkt Savigny, es sei „in den Vaticanen bei der lex Cincia stets von Revocation die Rede und ebenso bei der Schenkung in der Ehe (l. 32. § 4, 7. D. de don. i. v. e. u. 24,1), die doch gewiss Nichtigkeit zur Folge hat.“ Dieser Satz ist jedoch nicht ganz richtig; denn so oft es sich in den Vaticanen um eine Uebertretung der Vorschriften der lex Cincia handelt, findet sich niemals revocare, sondern vielmehr repetere (§ 266), vindicare (§ 266 a) oder Ausdrücke wie nihil egisse placuit (§ 263),

²⁰⁾ Das in l. 7. Cod. de revoc. donat. 8,56 vorkommende Wort vindicationis erklärt schon die Glosse ad h. l. als gleichbedeutend mit vindictae, ebenso Cuiacius observ. l. 4. c. 19, Waleh sect. 3. c. 3. membr. 1. § 19, Arndts § 82,² u. Brinz S. 518 u. 1305; dagegen, jedoch auf Grund einer falschen Ansicht über die Eigenschaften der actio in rem, Giphanius ad h. l. Nr. 14 fg.

²¹⁾ s. Savigny selbst, Syst. IV S. 225 u. 231.

²²⁾ Der von Donellus l. 14. c. 30. § 1 fg. gemachte Versuch, zu beweisen, dass zwar nicht den Erben des Schenkers ein Revocationsrecht zustehe, wohl aber der Schenker ein solches gegenüber den Erben des Donatars habe, dürfte daran scheitern, dass es ihm nicht gelungen ist, den in den Worten der l. 10. Cod. de revoc. donat. 8,56 (hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus) und ferner in l. 1. u. l. 7. C. cod. liegenden Gegenbeweis gegen seine Anschauung zu entkräften.

²³⁾ l. 7. l. 10. C. de revoc. donat. 8,56; vergl. Voet lib. 39. tit. 5, § 23; Quistorp, Beiträge Nr. 55, Ziff. 4; C. F. Rosshirt, gemeines deutsches Civilrecht, Heidelberg 1840 u. 1841, § 465; Keller § 67 u. 68; Savigny, Syst. IV S. 232; Sintenis § 23,⁶⁵ u. ⁶⁶.

sine effectu gestum est (§ 266 a), respondi dominium non transiisse (§ 268). Wo aber wirklich revocare in der von Savigny behaupteten Bedeutung, also statt eines erwarteten repetere gebraucht wird, da dreht es sich immer um eine heilbare Nichtigkeit, um ungültige Schenkungen (an Hauskinder²⁴) und Ehegatten), die, wenn der Schenker nicht bei seinen Lebzeiten die Nichtigkeit derselben geltend gemacht hat, durch seinen Tod convalesciren²⁵), also um Fälle, in welchen analoge Verhältnisse wie bei der Revocation wegen Undanks vorliegen, indem nur der Schenker selbst, aber nicht mehr sein Erbe, befugt ist, die Gültigkeit der Schenkung anzugreifen; bleibt hingegen beim Mangel der Insinuation der Schenker unthätig und lässt nicht noch nachträglich die Insinuation vornehmen — wodurch die Schenkung eben von dem Moment des öffentlichen Actes an gültig wird —, so ist und bleibt der excedierende Betrag eine nichtige Schenkung und kann auch noch von seinem Erben wieder eingefordert werden.

Aber auch abgesehen von jener immerhin bemerkenswerthen Verschiedenheit im Sprachgebrauch darf nicht unbeachtet gelassen werden, dass revocare eine eigentliche prägnante, technische Bedeutung erst von dem Zeitpunkte an haben konnte, wo die Revocation der Schenkungen zu einem eigentlichen Rechtsinstitut gemacht und ausgebildet wurde. So ist es erklärlich, dass das fragliche Wort sowohl bei den classischen Juristen, als in den Digesten (vergl. Paul. R. S. III, 7 § 2. Vat. fr. § 280, l. 32. § 4. 7. D. de don. inter vir. et ux. 24,1), als auch in den älteren Constitutionen (vergl. l. 1. Cod. Theod. de revoc. donat. 8,13, welche sich im justinianischen Codex als l. 7. C. eod. tit. 8,56 wieder findet) bezüglich der Schenkung noch nicht als terminus technicus gebraucht wird; anders ist

²⁴) Bezüglich der Möglichkeit einer späteren Revalidation von Schenkungen des Vaters an das Hauskind existirt eine strengere und ältere Ansicht (Vat. fr. §§ 294, 295 u. 296, l. 2. § 2. D. pro herede 41,5 l. 1. § 1. D. pro donato 41,6) und eine mildere und neuere (Paul. R. S. V, 11. § 3. Vat. fr. §§ 274, 277, 278, 281. l. 18. C. fam. ercisc. 3,36).

²⁵) so z. B. in Vat. fragm. § 276, 277, 278 u. 281; ferner in l. 13. § 1. l. 15. pr. l. 21. pr. D. 24,1.

dies jedoch, seit Justinian die Constitution vom 18. März 530 (l. 10. C. de revoc. donat. 8,56) erliess; seitdem hat jenes Wort in seinem, resp. seiner Compilatoren Munde immer einen ganz besonderen Sinn, zumal aber dann, wenn sie dasselbe, wie es in dem kritischen Fragmente geschehen ist, an die Stelle anderer Ausdrücke setzen. Mit der Substituierung des *irrevocabilis est* an die Stelle der Worte *in infinitum donare non prohibetur* kann, sofern wir nicht überhaupt den Compilatoren eine zwecklose und unvernünftige Handlungsweise zutrauen wollen, nur die Ersetzung jenes Ausdrucks durch einen sachlich verschiedenen gewollt gewesen sein; hiemit ist aber auch für das im Bisherigen Entwickelte der Beweis erbracht.

Meyerfeld endlich beruft sich (§ 19, Note 69) zur Aufrechthaltung jener doppelten Bedeutung von *irrevocabilis* darauf, dass dieses Wort in l. 7. C. de dotis promiss. 5,11 und l. 31. § 1. C. de iure dotium 5,12 auch nur soviel bedeute, als „nicht schon an sich ungültig.“ Es ist aber in diesen Stellen überhaupt von keiner Ungültigkeit die Rede, sondern nur davon, dass auf die einmal (gültig) bestellte *dos* oder *donatio propter nuptias* der Geber nicht später wieder Ansprüche erheben, resp. dieselbe nicht dem Empfänger in Anrechnung bringen dürfe.

Aus dem Bisherigen dürfte sich ergeben, dass alle diejenigen Gründe, welche gegen die Anwendbarkeit der *Insinuationsvorschrift* auf die *remuneratorische* Schenkung überhaupt oder einzelne Arten derselben vorgebracht wurden, in Wirklichkeit für diese zu keiner Abweichung von der Regel Veranlassung geben können.

Bezüglich aller in diesem § besprochenen Beschränkungen und Vorschriften hinsichtlich der Vornahme von Schenkungen vertreten Schweppe, Wening-Jungenheim und Mahir, wie wir schon oben (§ 1. a. E.) erwähnt haben, die Ansicht, dass dieselben auch auf die *remuneratorische* Schenkung anzuwenden seien, jedoch mit der Massgabe, dass sie eine auf der sog. *naturalis obligatio ad remunerandum* basirende *exceptio* gewähren, für den Fall, dass der Schenker ohne Beachtung dieser

Bestimmungen eine remuneratorische Schenkung gemacht und erfüllt hat und das Gegebene später mit Berufung auf die Nichtigkeit derselben wegen Gesetzesverletzung wieder zurückfordert. Für diese Anomalie führt Schweppe (§ 503) keine weiteren Beweise an und gründet dieselbe somit lediglich auf die genannte *naturalis obligatio*; wir haben jedoch schon oben (§ 3) gesehen, dass die neuere Doctrin die Annahme einer *exceptio naturalis obligationis* oder *doli* auf Grund einer *naturalis obligatio* reprobirt, und ferner auch, dass die *obligatio antidotalis* keine *obligatio naturalis* im technisch-juristischen Sinne ist. Wening-Jungenheim (§ 283) hinwiederum beruft sich lediglich auf Giphanius ad l. 27. D. 39,5 Nr. 1—7 u. ad l. 34. eod. Nr. 22—29; aber dieser Autor spricht an der ersteren Stelle weder von jener *obligatio*, noch von einer darauf basirenden *exceptio*, sondern interpretirt lediglich die l. 27. und ihr Verhältniss zur l. 32. eod. tit.; an der zweiten Stelle aber erklärt er sich, ebenfalls ohne Erwähnung der *obligatio* und der *exceptio*, in einem unserer bisherigen Darstellung entsprechenden Sinne für die Unzulässigkeit der remuneratorischen Schenkungen durch und zwischen solchen Personen, sowie von solchen Sachen, bezüglich welcher für gewöhnliche Schenkungen ein Verbot besteht. Mahir (§ 9. und § 14. a. E.) endlich citirt nur Wening-Jungenheim und die von diesem angezogenen Stellen des Giphanius.

Mit solchem Material dürften weder er noch seine Vorgänger im Stande sein, Jemanden von der Richtigkeit ihrer Ansicht zu überzeugen; dieselbe kann vielmehr nur das nämliche Schicksal haben, wie eine andere Behauptung Mahirs' (S. 26 Note 51 und S. 36 § 15. a. E.), für die er ebenfalls den Beweis schuldig geblieben ist und die dahin geht, dass die remuneratorische Schenkung bis zu ihrer Erfüllung als *donatio simplex* erscheine (!) und daher (!) jede Klage ausgeschlossen sei. Dieser Satz ist theils unklar, theils falsch; falsch, weil gar kein Zweifel darüber bestehen kann, dass jede Schenkung vermittelt eines Versprechens, vorausgesetzt, dass dieselbe in gültiger Weise erfolgt ist, nach l. 35. § 5. C. de

donat. 8,⁵⁴ und Nov. 162. c. 1. pr. mit einer *condictio ex lege* (35. cit.) klagbar verfolgt werden kann; unklar, weil man sich nicht vorstellen kann, was der Verfasser denn damit meint, dass die remuneratorische Schenkung bis zu ihrer Erfüllung als *donatio simplex* — worunter er nach § 1. diejenige Schenkung versteht, welche „ohne alle Rücksicht auf eine Gegenleistung geschieht“ — erscheine, und was für Konsequenzen er hieraus ziehen will; es ist ferner unbegreiflich, wie der genannte Autor eine Schenkung, die mit Rücksicht und Beziehung auf eine vorausgegangene Leistung gemacht wird, als *donatio simplex* betrachten kann, also als eine solche, die „ohne alle Rücksicht auf eine Gegenleistung“ erfolgt, endlich aber, wie er sich die plötzliche Umwandlung der *donatio simplex* in eine remuneratoria denkt, die nach seiner Ansicht im Augenblicke der Erfüllung vor sich gehen soll. Ueber alle diese Punkte spricht er sich nirgends weiter aus und erbringt er nicht den geringsten Beleg aus den Quellen, wesshalb es sich auch empfehlen dürfte, über seinen nackt und unbewiesen hingestellten Satz keine weiteren Worte zu verlieren.

§ 6.

2) Haftung des Schenkers.

I. Wie bezüglich aller bisherigen Fragen gehen die Ansichten der verschiedenen Schriftsteller je nach ihrer Grundanschauung über die rechtliche Natur der remuneratorischen Schenkung auch betreffs der Frage auseinander, ob der Schenker im Falle eines Verzugs in der Erfüllung einer solchen zur Leistung von Verzugszinsen verbunden sei ¹⁾. Für die gewöhnliche Schenkung ist eine solche Verzinsungspflicht durch l. 22. D. de donat. 39,⁵ ausgeschlossen; wer nun auch die remuneratorische Schenkung noch für eine wirkliche Schenkung hält

¹⁾ Für Bejahung derselben: z. B. Rümelin th. 100; Frembgen § 11 (Nr. 36); Hofacker § 1006; Bülow Bd. II Nr. 9 § 5. u. Thibaut § 499; für Verneinung unter Anderen Schweppe § 503; Wenning-Ingenheim § 283; Mühlenbruch § 443; Mahir § 15; Göschen § 542; Schilling III S. 944; Holzschuher III S. 405.

und den Begriff derselben nicht durch Aufnahme von nicht dazu gehörigen Elementen trübt, kann auch hier zu keinem abweichenden Resultat kommen²⁾. Um dies jedoch zu beweisen, scheint es uns nicht nöthig zu sein, einen so künstlichen und gesuchten, zum Theil sogar auf falschen Grundlagen ruhenden Ausweg wie Mahir zu wählen; seinem im vorigen § besprochenen Standpunkt entsprechend, sagt dieser Schriftsteller, es könnten Verzugszinsen bei der remuneratorischen Schenkung nicht gefordert werden, „hauptsächlich desswegen, weil bei der *donatio remuneratoria*, so lange nicht erfüllt ist, eine reine Schenkung besteht, und daher jede Klage ausgeschlossen ist; desshalb also alle Grundsätze der *donatio simplex* auch auf jene anwendbar sind: nach geschehener Erfüllung Verzugszinsen aber nicht mehr vorkommen können“; ein einfacher Hinweis auf den rechtlichen Charakter der remuneratorischen Schenkung auf der einen und die l. 22. cit. auf der andern Seite führen in der natürlichsten Weise zu demselben Ziele.

Auch ein Vertreter der entgegengesetzten Theorie, Frembgen, hat geglaubt, ausser allgemeinen Gründen noch einen speciellen Beweis für seine Ansicht erbringen zu können, mit welchem er aber, wie uns bedünkt, nicht viel glücklicher gewesen ist als Mahir; er leitet nämlich aus l. 17. § 8. D. de usuris 22,¹ den Satz ab, dass sogar die Erben desjenigen, der eine remuneratorische Schenkung gemacht hat, zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet seien, und zieht daraus den unter Voraussetzung der Richtigkeit dieser Prämisse allerdings zulässigen Schluss, dass umsomehr der Schenker selbst solche zahlen müsse. Nun aber geht der Inhalt der angezogenen Stelle dahin, dass die Erben derjenigen, welche *statuas vel imagines ponendas legaverunt*, wenn sie innerhalb einer (ihnen von Obrigkeit wegen) bestimmten Frist das Legat nicht erfüllt haben, Verzugszinsen zahlen müssen; da demnach die fragliche Stelle weder überhaupt von einer reinen, noch von einer re-

²⁾ Vergl. das in Note 6 des Anhangs citirte Erkenntniss bei Hufnagel und in Seuffert's Archiv I, Nr. 55.

muneratorischen Schenkung spricht, so sind auch die auf dieselbe fundirten Consequenzen hinfällig.

II. Aehnlich wie bei der eben besprochenen Frage liegt die Sache bezüglich der Gewährung des *beneficium competentiae* gegenüber der Klage auf Erfüllung einer remuneratorischen Schenkung. Nach § 38. J. de action. 4,6 l. 33. D. de iure dotium 23,3 l. 12. l. 33. pr. D. de donat. 39,5 l. 19. § 1. l. 30. l. 41. § 2. D. de re iudic. 42,1 l. 28. D. de reg. iur. 50,17 steht dem Schenker das *beneficium competentiae* (sogar deducto aere alieno) gegenüber der Schenkungsklage zu; wenn nun eine Anzahl von Autoren³⁾ dies im Falle einer remuneratorischen Schenkung ausgeschlossen wissen wollen, so können sie hiefür keinen anderen Grund anführen, als dass zur Leistung einer solchen auf Seiten des Schenkers eine (rechtliche) Verpflichtung vorliege, die citirten Stellen aber das *beneficium* nur für wirkliche Liberalitätsacte gewähren; die Vertreter der entgegengesetzten Grundanschauung⁴⁾ gelangen desshalb auch zu dem entgegengesetzten Resultate, das wir in Consequenz unserer principiellen Uebereinstimmung mit denselben einfach zu acceptiren haben.

III. Bezüglich der Haftpflicht des Schenkers im Falle einer Eviction der geschenkten Sache herrscht wenig Uebereinstimmung⁵⁾; im Allgemeinen ist jedoch die Haftung des Schenkers

³⁾ z. B. Garsias Nr. 18; Rümelin th. 87; Frembgen § 11 (Nr. 35); Hofacker § 1006; Bülow a. a. O. § 6; Thibaut § 499 u. Curtius III S. 304 (§ 1342).

⁴⁾ So besonders (Giphanius ad l. 34. D. 39,5 Nr. 33); Schildener S. 39; Schweppe § 503; Wening-Ingenheim § 283; Mühlbruch § 443; Mahir § 16; Göschen § 542; Rosshirt § 466; Unterholzner I S. 383; Schilling III S. 944 und Holzschuher III S. 405.

⁵⁾ Vergl. bes. Fr. A. Oldenbruch (praeside Wunderlich), de evictione in donatione remuneratoria non praestanda; Jo. Chr. Koch, meditatio de evictione in donatione non indistincte praestanda, dissertationi de evictione in donatione remuneratoria non praestanda Jenae nuper habitae opposita, Jenae 1754; Fr. A. Oldenbruch, notata ad meditationem de evictione in donatione non indistincte praestanda Jenae nuper editam, Jenae 1754; Jo. Chr. Koch (praes. Wilh. Dietmaro), dissertatio de evictione in

anerkannt, für den Fall, dass er eine solche ausdrücklich übernommen⁶⁾ oder sich einen *dolus* hat zu Schulden kommen lassen (l. 18. § 3. D. de donat. 39,5 l. 2. C. de eviction. 8,45). Die Ansicht der Glosse ad l. 18. § 3. cit., welche bezüglich der übrigen Fälle unterscheidet, je nachdem die Schenkung mit einer *datio* (*traditio*) oder aber mit einer *promissio* begonnen hat, und nur im letzteren Falle eine *Evictionshaftung* zulässt, ist seit den Ausführungen von Giphanius (ad l. 18. D. 39,5 Nr. 33 fg.), Sam. de Cocceji (lib. 21. tit. 2. qu. 7.), Thibaut (a. a. O. S. 59) und Vangerow (§ 610), da „dieselbe lediglich auf der hierbei offenbar ganz unanwendbaren Analogie der Grundsätze über *evictio dotis* beruht“, als beseitigt zu betrachten und hat unseres Wissens seit Carpzov (p. II. const. 34. def. 23) und Retes (c. 8. Nr. 10) keinen Verteidiger mehr gefunden. In neuerer Zeit unterscheidet man vielmehr bezüglich der *Evictionshaft*, je nachdem es sich um eine *donatio speciei* oder *generis* handelt; für den ersten Fall ist auf Grund des klaren Inhalts von l. 18. § 3. D. cit. und l. 2. Cod. cit. der Ausschluss jeder weiteren *Evictionshaftung* als der bereits oben erwähnten allgemein anerkannt. Für den Fall einer *donatio generis* leugnen Thibaut (S. 62 fg.), Unterholzner (II. S. 524) u. Schilling (III. S. 942 fg., § 361, not. ff. u. folg.) ebenfalls jede weitere Haftung des Schenkers und legen besonderes Gewicht darauf, dass die von den Vertretern der gegentheiligen Ansicht angeführten Stellen, so besonders l. 58. D. de evict. 21,2 und l. 29. § 3. D. de legat. III^o, sich nur auf die Verbindlichkeit zur *Evictionsleistung* bei Legaten bezögen und dass es unzulässig sei, dieselben auf die

donatione non indistincte praestanda, Jenae 1756; Thibaut, „die Verpflichtung des Schenkers zur *Evictionsleistung*“, civilistische Abhandlungen Nr. 4; Glück, XX S. 237 fg.; E. J. Bekker, „zur Lehre von der *Evictionsleistung*“ im Jahrbuch des gemeinen Rechts, Bd. VI S. 229—236.

⁶⁾ Thibaut (S. 51) beruft sich hiegegen zwar auf Paul. R. S. lib. V. tit. 11. § 5; allein nachdem diese Stelle in die *Compilation* nicht aufgenommen worden ist, vielmehr sich in l. 2. C. de evict. 8,45 gerade eine ihr widersprechende Bestimmung findet, ist ihr kein weiteres Gewicht beizulegen. — Vergl. jedoch auch Schilling III S. 943.

Schenkung analog anzuwenden, „weil hier der wichtige Unterschied eintritt, dass der durch das Vermächtniss Verpflichtete nur eine fremde Freigebigkeit erfüllt“; dieser Einwand dürfte sich jedoch gegenüber l. 45. und l. 46. de legat. I^o schwerlich aufrechterhalten lassen, zumal es den erwähnten Schriftstellern nicht gelungen ist, die aus diesen Fragmenten geschöpften Gegengründe zu entkräften. Koch (medit. § 18.) und Windscheid (§ 366,⁸) hingegen nehmen bei generischen Schenkungen eine Evictionshaftung an und geben dem Donatar die Wahl, ob er nochmalige Erfüllung oder sein Interesse fordern will, während Bekker⁷⁾ (S. 252 und S. 315) ihm nur die letztere Alternative als „aus dem Wesen der generischen Obligation überhaupt“ folgend, dagegen Koch (in seiner dissert. § 27), Glück (XX S. 267), Wenning-Ingenheim (§ 360), Vangerow (a. a. O.) und Rosshirt (§ 464), gestützt auf l. 58. D. de evict. 21,² l. 45. § 1. 2. l. 46. l. 108. § 10. l. 110. D. de legat. I^o, l. 29. § 3. D. de legat. III^o u. l. 38. § 3. l. 72. § 5. 6. D. de solut. 46,³, nur die erstere Alternative gewähren. Die Ansicht der letztgenannten Autoren kommt aber nicht sowohl darauf hinaus, dass eine eigentliche Haftung für Eviction statffinde, als vielmehr darauf, dass das Versprechen als noch nicht erfüllt und deshalb der Anspruch aus demselben als noch fortbestehend betrachtet wird, wie dies Seuffert (§ 268,¹⁰) und Liebe (die Stipulation S. 153 fg.) unserer Ansicht nach richtiger ausgedrückt haben. Wenn wir uns deshalb diesen Autoren anschliessen, so leitet uns ausser dem

⁷⁾ Dieser Schriftsteller nimmt eigentlich die Unterscheidung der Glosse wieder auf, gelangt aber dadurch, dass er, dieselbe etwas modificirend, auch „die Natur der versprochenen Leistung“ berücksichtigt wissen will (S. 252), zu einem wenigstens nicht principiell von der herrschenden Meinung abweichenden Resultat; denn wenn die Schenkung mit der traditio beginnt, so kann sie nur eine donatio speciei sein und bei einer solchen wird niemals Eviction prästirt; beginnt sie mit einer promissio, so kann sie entweder eine donatio speciei oder generis sein; im ersteren Falle ist, wie schon bemerkt, nach allgemeiner Uebereinstimmung die Haftpflicht regelmässig ausgeschlossen und so bleibt nur für den zweiten, überhaupt bestrittenen, Fall eine Meinungsverschiedenheit möglich.

eben Gesagten hauptsächlich noch der Gedanke, dass wir in den in erster Linie massgebenden Stellen (l. 58. l. 110. l. 29. § 3. cit.) die von Koch, Bekker und Windscheid vertheidigte zweite Alternative nicht erwähnt finden und wir im Gegensatz zu Bekker gerade die erste Alternative als dem Wesen der generischen Obligation entsprechend zu betrachten geneigt sind.

Die uns hier hauptsächlich interessirende Frage jedoch ist die, ob, mag die endliche Entscheidung der eben besprochenen Controverse sein, welche sie will, dieselbe auch ohne Weiteres auf die remuneratorische Schenkung Anwendung zu finden habe⁸⁾. In dieser Beziehung haben wir nur wiederum zu registriren, dass die Ansichten genau wieder je nach der Stellung, welche die verschiedenen Autoren zur remunerator. Schenkung im Allgemeinen einnehmen, von einander abweichen; die Gründe derjenigen, welche bei derselben eine Evictionshaftung nach Massgabe der für onerose Rechtsgeschäfte geltenden Bestimmungen annehmen⁹⁾, bestehen wieder nur in einer Bezugnahme auf die rechtliche Natur des vorwüflichen Rechtsgeschäfts oder die hiefür als massgebend betrachteten Stellen; die Gegner dieser Anschauung¹⁰⁾ lehren entsprechend ihrem principiellen Standpunkt, dass auch bezüglich der Eviction die für die Schenkung überhaupt geltenden Regeln Platz greifen.

⁸⁾ Vergl. besonders Oldenbruch (Wunderlich) §§ 4—11.

⁹⁾ wie z. B. Carpzov, p. II. const. 34. def. 24; Garsias Nr. 4; Stryk c. 4. § 71—73; Rümelin th. 95; Frembgen § 11 (Nr. 34); Bülow a. a. O. § 7; Thibaut, Pand. § 414 u. Abhdlgn. S. 64.

¹⁰⁾ wie (Giphanius ad l. 18. D. de donat. Nr. 50 u. ad l. 34. eod. tit. Nr. 30 fg.); Retes l. c.; Schulting c. 11; Sam. de Cocceji l. 21. tit. 2. qu. 6; Oldenbruch (Wunderlich) § 9; Koch medit. § 9 u. 20; Walch, l. c. sect. 3. cap. 3. membr. 1. § 13; Glück XX S. 241 fg.; Wening-Ingenheim § 360; Bekker S. 251; Vangerow § 610 Anm. 2. Abs. 2. (III S. 317); Schilling III S. 944.

3) Spätere Anfechtbarkeit der remuneratorischen Schenkung.

§ 7.

a) Durch den Schenker selbst.

I. Gegenstand vielfacher Erörterungen war von jeher auch die Frage, ob eine remuneratorische Schenkung ebenso wie eine gewöhnliche aus gewissen Gründen, besonders wegen Undankbarkeit des Donatars gegen den Schenker, von dem Letzteren widerrufen werden könne. Natürlich haben die Vertreter der Lehre von der onerosen Natur unseres Rechtsgeschäftes¹⁾ dieselbe grundsätzlich verneint; die Anhänger der Theorie, dass die remun. Schenkung eine Leistung ex titulo lucrativo sei, theilen sich in zwei Lager; die Einen²⁾ wenden auch hier alle bezüglich der gewöhnlichen Schenkung geltenden Regeln an: die Anderen³⁾ hingegen nehmen in dieser Hinsicht eine Abweichung an und berufen sich zur Begründung ihrer Ansicht zum Theil auf innere Gründe, vorzugsweise aber auf l. 34. § 1. D. de donat. 39,5; diesen Schriftstellern sind anzureihen, wenn auch in Folge einer eigenthümlichen Nuan-

¹⁾ So besonders Tiraquellus Nr. 12; Cuiacius observ. l. 17. c. 33; Lauterbach, lib. 39. tit. 5. § 41; Stryk, usus modernus, l. 39. tit. 5. § 17 u. de benemer. c. 4. § 82; Voet ad l. 39. tit. 5. Nr. 25; Hellfeld § 1706; Frembgen § 12 (Nr. 45); Bülow a. a. O. § 3; Curtius III S. 304.

²⁾ z. B. Schildener S. 44; Seuffert § 367,² (soferne unbedeutende, nicht aber gewichtvolle oder ungewöhnliche Verdienste belohnt wurden); Meyerfeld S. 374 (soweit es sich nicht um inästimable beneficia handelt); Puchta § 71; Keller § 68; Savigny Syst. IV S. 235; Dollmann in den Bl. f. R.-A. Bd. VII S. 327 u. 328; Heimbach im Rechtslex. Bd. IX S. 708; Unger § 98 u. 99; Windscheid § 368 und Liebmann S. 62.

³⁾ (Giphanius ad l. 34. § 1. D. 39,5 Nr. 13); Retes c. 3 Nr. 14; Pufendorf observ. tom. II Nr. 5 § 10; A. D. Weber, praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden, 8. Aufl., herausg. v. C. Martin, Jena 1823, § 721; Marezoll, Zeitschr. Bd. I S. 35 fg.; Meyerfeld S. 374 fg. (bezüglich der inästimablen Dienste); Göschen § 542; Vangerow § 125 Anm.; Rosshirt § 466; Schilling III S. 944 u. 960 u. Bremer a. a. O.

cirung gesondert von denselben aufzuführen, diejenigen Autoren⁴⁾, welche zur Begründung ihrer Ansicht sich auf l. 34. § 1. D. cit. unter besonderer Betonung der *naturalis obligatio ad remunerandum* stützen, indem sie auf Grund der letzteren eine *exceptio* gegen die *Revocation* gewähren.

Der Kern der Meinungsverschiedenheit zwischen den zuerst aufgeführten und den übrigen Schriftstellern der zweiten Gruppe liegt in der Frage, ob die in l. 34. § 1. D. cit. bezüglich eines speciellen Falles der remuneratorischen Schenkung sanktionirte Irrevocabilität auf das ganze Genus auszudehnen sei oder nicht. Von Seiten der diese Frage verneinenden Autoren wird besonderes Gewicht auf die Eigenthümlichkeit des in jener Pandektenstelle besprochenen Falles gelegt, welche ja auch durch den Satz *quod — placuit* besonders hervorgehoben sei. Diese Begründung verliert, wenigstens im Munde Schildener's, bedeutend an Werth, wenn man, wie dieser Schriftsteller (S. 10 und 44), annimmt, dass die fragliche Stelle eigentlich weiter nichts sagen solle, als dass eine unter den bestimmten Umständen gemachte Schenkung gültig und, abgesehen von den allgemein zulässigen Ausnahmen, auch wie jede andere unwiderruflich sei. Wenn nur dies der Fall wäre, so hätten die Compileren es sich ersparen können, die Stelle in die Digesten aufzunehmen, und sie würden besser daran gethan haben, dieselbe wie Tausend andere wegzulassen, da über die principielle Unwiderruflichkeit aller Schenkungen kein Zweifel bestand (cf. l. 35. § 2. D. de mort. causa donat. 39,6; l. 2—6 l. 10. C. de revoc. don. 8,56; § 2. J. de donat. 2,7). Desshalb scheint uns darin, dass die Stelle bei Schildener's Interpretation so ziemlich als überflüssig erscheint, bereits ein Beweismoment zu liegen, dass mit ihrer Aufnahme und Umänderung etwas Anderes beabsichtigt war, als dieser Schriftsteller annimmt.

⁴⁾ Schweppe § 503; Mühlenbruch § 443; Mahir S. 26 u. 29 u. v. Schröter, in der Recension von Mahir's Schrift in Schunck's (Erlanger) Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur Bd. XI (1829) S. 9 fg.

Wenn wir uns nun der Meinung anschliessen, dass überhaupt keine remuneratorische Scheukung wegen Undanks des Donatars widerrufen werden könne, so bietet uns der von den Gegnern derselben aus l. 34. § 1. cit. abgeleitete Einwand um desswillen kein Hinderniss, weil nach der von uns angenommenen Konstruktion derselben (vergl. § 2, II und § 5, IV) die eigenthümliche Qualität der vorausgehenden Handlung nicht die Motivirung für die Festsetzung der Unwiderruflichkeit der fraglichen Skenkung bildet. Fällt damit aber der Hauptgrund weg, welchen die Gegner einer analogen Ausdehnung der kritischen Bestimmung wider dieselbe anzuführen pflegen, so haben wir nur noch die Gründe zu entwickeln, welche zu Gunsten eines solchen Vorgehens sprechen. Dass in der Stelle nur der Fall der Lebensrettung genannt ist, dürfte weniger Schwierigkeit bereiten, weil, wie schon oben (§ 4, Seite 62) bemerkt, unser Fragment aus einer Sammlung von Rechtsfällen stammt. Dieser Ursprung desselben berechtigt zu der Annahme, dass es vielleicht schon nicht in der Intention des Verfassers, gewiss aber nicht in der der Compileren gelegen habe, die in demselben gegebene Entscheidung auf den speciellen Fall, für welchen sie aufgestellt wurde, zu beschränken und für ihre Anwendbarkeit die besonderen Umstände desselben als notwendige Voraussetzung zu betrachten. Bezüglich der Compileren wenigstens gewinnt diese Annahme in der von ihnen vorgenommenen Umänderung des ursprünglichen Wortlautes, bei welcher sie weit über das im damaligen Stande der Gesetzgebung betreffs der lex Cincia und der Insinuation begründete Bedürfniss hinausgingen und der Stelle, wie wir schon oben (§ 2, II und § 5, IV) auseinandergesetzt haben, einen ganz anderen Inhalt gaben, eine nicht zu unterschätzende Stütze.

Nun spricht aber ferner die nach unserer Ansicht der kritischen Bestimmung zu Grunde liegende ratio legis, da sie auf alle remuneratorischen Schenkungen passt, ebenfalls zu Gunsten der analog ausdehnenden Interpretation; wir finden jene ratio in dem inneren Widerspruche, der dadurch hervorgerufen würde, wenn man von Jemand, dem gegenüber man

sich selbst zu Dank verpflichtet fühlte und deshalb auch dankbar bewies, wieder Dankbarkeit für diese gerade aus Dankbarkeit gemachte Schenkung verlangen wollte⁵⁾; dies hiesse doch trotz der gegentheiligen Versicherung Dollmann's (a. a. O.) eine *contradictio in adjecto* sanktioniren. Als weitere Consequenz hieraus würde sich ergeben, dass der remuneratorisch Beschenkte, trotzdem der Anlass von ihm ausgegangen ist, dem nunmehrigen Schenker gegenüber wieder moralisch zur Remuneration verbunden wäre; dadurch aber würde man auf dem besten Wege dazu gelangen, eine unendliche Reihe von solchen Dankbarkeitsverpflichtungen, vergleichbar einem Riemens ohne Ende, zu construiren. In der Vermeidung eines solchen Missstandes und des erwähnten inneren Widerspruchs konnte eine genügende Veranlassung liegen, einmal von den gewöhnlichen Schenkungsregeln abzuweichen und für die remuneratorische Schenkung eine Ausnahme zuzulassen.

Betrachten wir dies als den leitenden Grundgedanken, der die Compileren zu der von ihnen vorgenommenen Interpolation veranlasste, so dient derselbe zugleich als Rechtfertigung für dieselben und giebt Antwort auf die von Cuiacius und Schildener (s. oben § 2, II) als Räthsel betrachtete Frage, warum jene die Stelle nicht in ihrer ursprünglichen Form aufgenommen haben. Gegenüber der an die Stelle der Bestimmungen der *lex Cincia* getretenen *Insinuationsvorschrift* lag, wie schon oben (§ 5, IV) bemerkt, kein Bedürfniss zur Exemption der remuneratorischen Schenkung vor; wohl aber war ein solches gegenüber der von Justinian (l. 10. Cod. de revoc. donat. 8,56) neu geschaffenen Möglichkeit, alle, nicht mehr bloß wie früher (cf. Cod. Theod. de revoc. don. 8,13) von Ascendenten an Descendenten gemachte Schenkungen wegen Undanks des Donatars zu widerrufen, eben in Folge des sonst entstehenden inneren Widerspruchs begründet. Als die Compileren

⁵⁾ Soweit scheint uns auch die von Schweppe und den übrigen mit ihm citirten Autoren vertretene Ansicht, ein berechtigtes Element zu enthalten, während wir ihre weiter gehenden Behauptungen wegen Unrichtigkeit der Basis derselben verwerfen zu müssen glauben.

auf die bezügliche Stelle des Paulus stiessen, mögen sie, wenn nicht vielleicht schon vorher durch praktische Fälle darauf aufmerksam gemacht, sich dessen bewusst geworden sein und die Gelegenheit benützt haben, um dem Bedürfnisse abzuhelpen und die Lücke auszufüllen, welche im Jahre 530 bei der Aufstellung der Revocabilität durch Ausserachtlassung der remuneratorischen Schenkung gelassen worden war.

Nicht unerwähnt darf endlich der Umstand bleiben, dass die Widerruflichkeit der Schenkungen doch nur die Ausnahme und die Unwiderruflichkeit die Regel bildet⁶⁾; wenn nun für eine bestimmte Art von Schenkungen von dieser Ausnahmsbestimmung wieder eine Ausnahme statuirt, im Resultate also nur die Regel aufrechterhalten werden will, so liegt schon in der Natur der Sache eher ein Grund für als gegen ein solches Vorgehen.

Schildener (S. 44 fg.) glaubt in l. 1. Cod. de revoc. donat. 8,56 ein Gegenargument gegen die hier vertheidigte Ansicht gefunden zu haben, da in diesem Rescripte dem Patrone die Befugniss zuerkannt worden sei, eine remuneratorische Schenkung an seinen Freigelassenen wegen Undanks desselben zu revociren. Zunächst ist jedoch hiegegen zu bemerken, dass diese Stelle jedenfalls restrictiv aufgefasst und auf das Verhältniss zwischen Patron und Freigelassenen beschränkt werden muss; das in derselben besprochene Revocationsrecht ist nämlich lediglich ein Ueberbleibsel des früheren unbeschränkten Revocationsrechts des Patrons (Vatic. fragm. § 272 und 313), welches nicht an das Dasein bestimmter Revocationsgründe gebunden war, sondern ganz nach der Willkür des Patrons ausgeübt werden konnte; schon aus diesem Grunde dürfte eine Ausdehnung des dort ausgesprochenen Satzes auf andere Personen und das denselben in späterer Zeit eingeräumte Revocationsrecht wegen Undanks nicht zulässig sein.

⁶⁾ § 2. J. de donat. 2,7; Seuffert § 365; Puchta, *Cursus der Institutionen*, 5. Aufl. herausg. von Rudorff, Leipzig 1857, § 206; Unger § 98, Note 4.

Dies wird unzweifelhaft, wenn wir die Form betrachten, in welcher sich das fragliche Rescript in den Vaticanen (§ 272) findet (*Inter patronos et libertos de iure donationum tractari non oportet, cum etsi perfectis donationibus... ea, quae sibi donata sunt, pleno iure ut dominus possederit, tamen omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit*), wo die erwähnte Schrankenlosigkeit noch ganz und gar Rechtens ist⁷⁾. Justinian, der, wie schon aus der Einfügung des Satzes „*si ingratus sit*“ zwischen *tamen* und *omnis donatio cet.* ersichtlich ist, das Revocationsrecht des Patrons (auf den Fall des Undanks und der später erfolgenden Geburt von Kindern (l. 8. C. eod. tit.)) beschränken wollte, konnte natürlich die Eingangsworte jenes Rescripts nicht in seinen Codex aufnehmen; allein bei der Frage, ob die Entscheidung desselben einer analogen Ausdehnung fähig sei, dürften dieselben doch eine Hauptrolle zu spielen haben. Ueberdies handelt es sich in dem bezüglichen Falle nicht einmal um Revocation einer remuneratorischen Schenkung; die Stelle spricht nämlich von einer Schenkung, welche der Patron mit Rücksicht auf die treue Erfüllung der obsequia Seitens des Freigelassenen dem Letzteren gemacht hat; eine solche Schenkung kann aber, wie wir oben (S. 65) gesehen haben, nicht als eine remuneratorische betrachtet werden. Da Schildener in dieser Beziehung die gleiche Ansicht wie wir vertritt⁸⁾, so setzt er sich durch die Ableitung seines Gegenarguments aus der fraglichen Stelle mit sich selbst in Widerspruch, ein Umstand, der auch für die Beurtheilung des von ihm versuchten Gegenbeweises ein höchst gravirendes Moment bilden muss.

Liebmann endlich meint (S. 62), man müsse schon

⁷⁾ Bei solcher Sachlage dürfte in der restrictiven Interpretation dieser Stelle schwerlich ein Verstoss gegen den von uns mehrmals erwähnten Satz liegen, dass besonders bei den im Codex enthaltenen Rescripten der bezügliche Thatbestand nicht immer in allen seinen Details als nothwendige Voraussetzung der jeweiligen Entscheidung betrachtet werden dürfe.

⁸⁾ l. c. pag. 8: *si quid ob operas officiales sive obsequiales . . . datum est, id non donatio remuneratoria, sed potius praemium dicitur.*

desshalb eine Revocation auch der remuneratorischen Schenkungen zulassen, weil die in l. 10. C. de revoc. donat. 8,⁵⁶ aufgeführten Revocationsgründe der Art seien, dass das Vorhandensein eines solchen das Andenken an die früheren Wohlthaten des nunmehrigen Donatars vollkommen zu verwischen im Stande sei. Dies dürfte jedoch, um einen Fall hervorzuheben, schwerlich auch dann zutreffen, wenn ein Lehrer, dem wir Dank und Ehrerbietung schuldig sind, oder sonst Jemand, dem wir eine grosse Wohlthat verdanken, die Bedingung nicht erfüllt hat, die bei Gewährung einer Schenkung vom Geber an dieselbe geknüpft wurde, und doch berechtigt ein solches Verhalten des Donatars nach l. 10. C. cit. zum Widerruf. So scheint uns dieser Einwand ebensowenig wie die anderen Gewicht genug zu haben, um nur den für den Ausschluss der Revocation sprechenden Gründen an Werth gleichzukommen, geschweige dieselben zu überwiegen, wesshalb wir kaum mit Unrecht den letzteren den Vorzug vor jenen geben.

II. Ein weiterer Grund, der den Schenker zur Revocation berechtigen soll, wird aus l. 8. C. de revoc. don. 8,⁵⁶ (ursprünglich l. 3. Cod. Theod. eod. tit. 8,¹³) abgeleitet; in dieser Stelle wird dem Patrone, der zu einer Zeit, wo er noch keine Kinder hatte, seinen Freigelassenen sein ganzes Vermögen oder einen Theil desselben geschenkt hat, die Befugniss verliehen, diese Schenkung zu widerrufen, wenn ihm später noch Kinder geboren werden (sog. *revocatio propter liberos supervenientes*). Die meisten Rechtslehrer nun, von Tiraquellus an, der einen ausführlichen Commentar über die vorwürfige Stelle geschrieben hat (s. § 1, Note 1), bis in die neueste Zeit (vgl. Puchta § 70,^d; Arnds § 82,³) haben angenommen, dass diese Bestimmung analog auf andere Fälle auszu dehnen, also die bezeichnete Befugniss jedem Schenker einzuräumen sei; nur eine geringe Anzahl⁹⁾ will dieselbe auf den

⁹⁾ So Voet, lib. 39. tit. 5. Nr. 26 fg.; Wening-Ingenheim § 282; Seuffert § 365; Savigny. Syst. IV S. 228 fg.; Curtius § 1352, Not. a, Schilling III S. 962 fg.; Koch III S. 184 fg.; Heimbach im Rechtlex. IX S. 707 u. Windscheid § 367,²².

in der Stelle besprochenen Fall beschränken und erklärt damit die ganze Stelle als heutigen Tages unpraktisch; auch uns erscheint die Ansicht dieser Minorität als die richtigere. Wenn wir auch nicht leugnen können, dass auch zwischen anderen Personen als einem Patrone und seinem Freigelassenen Schenkungen vorkommen können, die unter Berücksichtigung der Möglichkeit einer späteren Geburt von Kindern vielleicht gar nicht oder wenigstens nicht in so grossem Betrage erfolgt wären, so wird man uns doch auch kaum darin widersprechen, dass gerade bei den erwähnten Personen dies entschieden öfter als bei anderen der Fall gewesen sein wird. Stand doch der Patron zu dem Freigelassenen in einem ähnlichen Verhältnisse wie der Vater zu seinem Kinde — darauf deutet auch schon der Ausdruck *patronus* hin —, wesshalb es oft nahe gelegen sein mag, dass der Erstere den Letzteren auch wie ein leibliches Kind behandelte, während andererseits schon aus natürlichen Gründen anzunehmen ist, dass man regelmässig geneigt gewesen sein wird, ein wirklich vorhandenes eigenes Kind einem Freigelassenen vorzuziehen. Was für eine so exceptionelle Stellung zweier Personen bestimmt ist, kann nicht leicht auch auf solche Fälle anzuwenden sein, bei welchen die Betheiligten in keinem solchen näheren Verhältniss zu einander stehen. Andererseits ist auch ein solches Rechtsmittel für den Vater in der Regel umsomehr entbehrlich, als, sollte er wirklich einmal mit einer Schenkung seine Kräfte überschritten haben, den Kindern immer noch in der *querela inofficiosae donationis* (vergl. § 8, I) ein Weg eröffnet ist, sich wenigstens den nöthigsten Unterhalt durch theilweise Retraction der allzugrossen Schenkung zu verschaffen.

Auch in der vorliegenden Stelle scheint uns ebenso wie im Falle der l. 1. C. eod. tit. vielmehr wiederum nur ein Rest des früher uneingeschränkten Revocationsrechts des Patrons vorzuliegen. Dafür spricht unter Anderem besonders auch der Umstand, dass Justinian in § 2. J. de donat. 2,7 von diesem Revocationsgrunde keine Erwähnung thut, sondern nur von

dem Widerruf wegen Undanks spricht; wäre es im Geiste seiner Gesetzgebung und in seiner Absicht gelegen gewesen, der Revocation wegen später erfolgender Geburt von Kindern einen grösseren Spielraum zu lassen oder zu geben, so würde er wahrscheinlich in der erwähnten Institutionenstelle auch von jener schon aus dem Jahre 355 stammenden Bestimmung gesprochen haben. Gegen die Ausdehnbarkeit spricht endlich auch die Erwägung, dass wir es hier nicht mit der Entscheidung eines speciellen Falles, also mit einem Rescripte, zu thun haben, sondern vielmehr, wie schon aus den Anfangsworten „*si unquam libertis patronus filios non habens*“ ersichtlich ist, mit einer allgemeinen Constitution, einem Edicte, bei welchem der specielle Thatbestand allerdings die Voraussetzung der Entscheidung nach demselben bildet.

Man hat sich wohl auch darauf berufen¹⁰⁾, dass sich eine constante Praxis für die analoge Ausdehnung der kritischen Stelle gebildet habe; dieser Behauptung wurde jedoch häufig widersprochen und es wurde unseres Wissens noch kein Versuch gemacht, den, allerdings schwierigen, Beweis derselben zu erbringen, sondern man hat sich damit begnügt, die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts lediglich zu behaupten.

Mit der Stellung, die wir im Bisherigen zu der Vorfrage eingenommen haben, ist es überflüssig geworden, des Weiteren die Frage zu besprechen, ob eine remuneratorische Schenkung unter gleichen Umständen widerrufen werden könne, und bemerken wir nur, dass unter den Vertretern der Ansicht, dass eine reine Schenkung wegen nachfolgender Geburt von Kindern widerrufen werden könne, die Vertheidiger der onerosen Natur der remuneratorischen Schenkung alle mit Ausnahme von Fachineus (lib. 3. c. 89) eine solche Möglichkeit bei der letzteren ausschliessen, Cuiacius aber variirt, indem er in lib. 17. c. 33. der observationes die kritische Stelle für die remu-

¹⁰⁾ Carpzov p. II. constit. 12. def. 34; Pufendorf, observ. tom. III. Nr. 157; Arndts a. a. O.

neratorische Schenkung als unanwendbar erklärt, während er ihr in lib. 20. c. 5. i. f. eodem dieselbe unterwirft.

§ 8.

b) Durch Dritte.

I. Eine fernere Controverse betrifft die Anwendbarkeit des Codextitels de inofficiosis donationibus (3,29) auf die remuneratorische Schenkung, also die Frage, ob die Notherben berechtigt sind, remuneratorische Schenkungen ihres Erblassers anzugreifen, wenn dieselben so gross waren, dass der ihnen von seinem Vermögen nach dem Stande vor der Schenkung gebührende Pflichttheil nicht unverkürzt übrig blieb. Die Entscheidung hierüber richtet sich im Allgemeinen wieder nach der Grundanschauung der verschiedenen Autoren; so erklären sich denn Viele¹⁾ für die Unzulässigkeit einer querela inofficiosae donationis besonders desshalb, weil genau genommen durch eine remuneratorische Schenkung das Vermögen des Gebers nicht vermindert werde, da er dadurch nur einer ihm obliegenden Verpflichtung nachkomme und überdies im Voraus schon von dem nunmehrigen Donatar etwas an Werth derselben Gleichkommendes erhalten habe. Die meisten der genannten Autoren verbinden mit dieser Begründung auch den Satz, dass der Betrag der remuneratorischen Schenkung den Werth der dieselbe veranlassenden vorausgehenden Leistung nicht übersteigen dürfe (vgl. hierher und zum Folgenden oben S. 64 fg.), widrigenfalls bezüglich der excedirenden Summe die querela allerdings nicht versagt werden könnte. Hierin liegt für uns, die wir nicht wie jene Schriftsteller in jeder schenkungsweise gegebenen Remuneration, falls dieselbe auch lediglich in Folge einer juristischen Verpflichtung gegeben wurde, eine remuneratorische Schenkung erblicken, ein wichtiges Zugeständniss;

¹⁾ So Carpzov p. II. constit. 12. def. 35; Lauterbach lib. 39. tit. 5. § 41; Stryk, de benemer. c. 4. § 80; Voet lib. 39. tit. 5. Nr. 40; Rümelin th. 96; Ludovici lib. 39. tit. 5. dist. 1; Frembgen § 11 (Nr. 26); Curtius § 1342.

denn aus jenem Satze folgt als Ansicht selbst der gewöhnlich dissentirenden Autoren, dass für eine wirkliche remuneratorische Schenkung, falls dieselbe Pflichttheilsrechte verletzt, dasselbe zu gelten hat als bei jeder andern Schenkung. Bezüglich jener Motivirung aber verweisen wir, soweit dieselbe die angebliche Nicht-Verminderung des Vermögens betrifft, auf das oben S. 65 u. 66 Gesagte; betreffs des weiteren Punktes, dass der nunmehrige Schenker im Voraus eine gleiche Quantität von dem nunmehrigen Donatar erhalten habe, wiederholen wir lediglich die schon einmal gemachte Bemerkung, dass die vorausgehende Leistung ja nicht nothwendig in Geld oder überhaupt einem taxirbaren meritum bestehen muss.

Als weiterer Grund für den Ausschluss des fraglichen Rechtsmittels wird geltend gemacht (vergl. Leyser, spec. 436, med. 5 und 6), dass dasselbe sich nur auf solche Schenkungen beziehe, welche „coeco impetu et sine caussa“ gemacht werden, was bei remuneratorischen Schenkungen nicht zutreffe. Allein wenn auch in l. 2. Cod. h. t. von einem „impetu quodam“ gesprochen wird, so liegt darin doch keineswegs die ratio legis; eine solche Aufwallung kann vielmehr nur die Veranlassung zu einem eine Remedur herausfordernden Akte sein, die ratio legis hingegen besteht darin, dass durch Gewährung eines solchen Rechtsmittels der Umgehung des Pflichttheilsrechts durch eine Vergabung unter Lebenden hindernd in den Weg getreten werden sollte (arg. l. 1. l. 7. l. 8. l. 9. C. h. t.). Es kommt dabei lediglich in Frage, ob die Schenkung eine Beeinträchtigung dieses Rechts zur Folge habe oder nicht; ist Ersteres der Fall, so findet das Gesetz Anwendung, gleichgültig ob die Schenkung in Folge eines coecus impetus oder nach reiflicher, ruhiger Ueberlegung gemacht wurde, wenn auch factisch die Fälle letzterer Art die Minderzahl bilden werden. Was aber die causa betrifft, so liegt, soferne man darunter einen juristischen Verpflichtungsgrund versteht, eine solche ebensowenig bei der remuneratorischen Schenkung als bei einer anderen vor; soll aber causa nur „Rechtfertigungsgrund“ bedeuten, so lässt sich für jede Schenkung ebenso wie für die

remuneratorische eine solche anführen, bei der letzteren ist es die Vergeltungsabsicht, bei den anderen irgend ein anderes Motiv.

Unter den Vertheidigern der Ansicht, dass auch gegen pflichttheilverletzende remuneratorische Schenkungen Rechtshilfe zu gewähren sei, befindet sich sogar der sonst immer auf der Gegenseite stehende Garsias (Nr. 41 u. 48) in Folge einer eigenthümlichen Auffassung von der Stellung der Kinder zum Vermögen des Vaters; nach einer s. Z. von ihm gebilligten, in einem Theile seines Vaterlandes Spanien herrschenden Anschauung ist nämlich dem Vater überhaupt das Verfügungsrecht bezüglich des grössten Theils seines Vermögens entzogen, da nach derselben das Vermögen des Vaters, soweit der Betrag des den Kindern gesetzlich gebührenden Theils ($\frac{4}{5}$) reicht, schon bei seinen Lebzeiten als den Letzteren gehörend betrachtet wird²⁾. Aber auch ohne solche Konstruktion dürfte klar sein, dass der einschlägige Codextitel auch auf die remuneratorische Schenkung Anwendung zu finden hat, da die für das Gegentheil vorgebrachten Gründe als nicht stichhaltig befunden werden müssen und in Folge dessen keine Ausnahme von der Regel gemacht werden kann.

Die siegreiche Durchführung der Querel aber hat demgemäss auch hier, wie dies die herrschende Meinung³⁾ für die

²⁾ Nr. 41: . . . Bona enim parentis sunt bona filiorum . . . et nostro iure sunt bona omnia parentum bona filiorum, de quibus pater nec vivens nec moriens ultra quintum disponere potest. Unde si ultra quintum pater donasset remunerando, iam remuneraret ex alieno, non ex proprio.

³⁾ Vergl. Cuiacius observ. lib. 5. cap. 14. und consultationum liber singularis, Coloniae Agrippinae 1590, cons. 60; Lauterbach lib. 39. tit. 5. § 42; D. Amsing, praes. W. A. Lauterbach, disquisitio de inofficiosa donatione, Tubingae 1655, th. 29; Sam. de Cocceji lib. 39. tit. 5. qu. 9. § 9; D. G. Strube, rechtliche Bedenken, herausg. von E. Spangenberg, Hannover 1827, 433. Bed.; Bauer tom. II. c. 50. § 24; Hofacker § 1000; Thibaut § 493; Glück VII S. 158 fg. und ebenda XXXVI S. 97 fg. (Mühlenbruch); Wenning-Ingenheim § 496; W. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, Göttingen 1831, § 43 u. 44; Müh-

gewöhnliche Schenkung annimmt, eine Rescission der Schenkung nur soweit zur Folge, als zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig ist; in dieser quantitativen Beschränkung liegt zugleich ein Korrektiv für das allenfallsige Bedenken, welches vom allgemein menschlichen Standpunkte aus dagegen erhoben werden könnte, dass man selbst gegen eine remuneratorische Schenkung, der doch ein meritum des Donatars gegen den Schenker vorausgegangen sei, die Anwendung unseres Rechtsmittels gestatte. Es dürfte wohl Niemand darüber in Zweifel sein, dass die Pflicht, für vielleicht noch unmündige, erwerbsunfähige Kinder zu sorgen, der moralischen Pflicht zur Dankbarkeit wenigstens insoweit vorgehen muss, dass diese nicht zu Gunsten eines Wohlthäters ihres Vaters zu sehr benachtheiligt werden dürfen. Die Grösse des Pflichttheils endlich richtet sich nach der Zahl der Pflichttheilsberechtigten zur Zeit des Todes und dem Vermögensstande des Erblassers zur Zeit der Schenkung.

II. Es dürfte erlaubt sein, hier die Besprechung der Frage anzureihen, ob auch eine remuneratorische Schenkung, unter denselben Voraussetzungen wie eine gewöhnliche, conferirt werden müsse, da die Collationsverpflichtung in ihrem Effecte ebenfalls zu einer Aufhebung des vom Schenker vorgenommenen Liberalitätsaktes führt.

In dieser Beziehung gehen die Ansichten wiederum weit auseinander; manche Autoren ⁴⁾ fassen entsprechend ihrer Anschauung über die remuneratorische Schenkung überhaupt den

lenbruch § 689; Seuffert § 664; Göschen § 541; Burchardi § 350; Arndts § 597; Brinz S. 852; Windscheid § 586.

⁴⁾ Fachineus lib. 5. c. 82; Brunnemann consil. 49, Nr. 9; Lauterbach lib. 39. tit. 5. § 25. i. f.; Rümelin th. 59; Ludovici lib. 39. tit. 5. dist. 1; Frembgen § 11 (Nr. 25); J. G. Estor, bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen, herausg. von J. A. Hofmann, 1757—1767 (theils in Marburg, theils in Frankfurt a. M.) § 2896; Hofacker § 1658 und Thibaut § 903 (Letzterer jedoch unter Exemption jeder „mässigen donatio remuneratoria“).

vermittelt einer solchen gemachten Erwerb als einen adventischen auf und schliessen denselben folgerichtig von der Collation aus. Aber auch auf der entgegengesetzten Seite finden sich Vertheidiger der Collationsfreiheit, wenn dieselben auch ihre Ansicht anders begründen; Mühlenbruch (§ 720), Seuffert (§ 588), Arndts (im Rechtslexicon Bd. III. S. 842) und Brinz (S. 725) nehmen die remuneratorische Schenkung von der Collationsverbindlichkeit aus und zwar motivirt dies Arndts damit, dass man annehmen dürfe, „dass bei einer remunerandi causa vorgenommenen Schenkung schon der Wille des Schenkers die Collation ausschliesse; denn sonst könnte ja seine Absicht zu remuneriren ganz vereitelt werden“ und Brinz sagt unter Bezugnahme hierauf: „Die remuneratorische Schenkung ist auch vom Standpunkt des Collationsrechtes aus keine blosse Schenkung.“ Mit jener Begründung scheint uns Arndts seinen sonstigen Standpunkt nicht vollkommen beibehalten zu haben; denn entweder hatte die Remuneration einen solutorischen Charakter, dann kann sie schon in Folge dieser ihrer Eigenschaft, aber auch nur wegen derselben nicht Gegenstand der Collationsverpflichtung sein; oder aber sie war eine (remuneratorische) Schenkung und dann will bei der sonstigen Stellung von Arndts nicht einleuchten, warum lediglich für unsere jetzige Frage die Möglichkeit einer Vereitelung der Remunerationsabsicht ausschlaggebend sein soll, während dies bei allen übrigen, z. B. bezüglich der Ungültigkeit der Schenkung zwischen Vater und Hauskind oder zwischen Ehegatten, ferner bezüglich der Zulässigkeit der querela inofficiosae donationis, nicht der Fall ist; ja, gerade bei der vorliegenden Frage dürfte eine derartige Betonung des bloss vermuthlichen Willens des Erblassers umsoweniger am Platze sein, als dieser durch Nov. 18. c. 6. in den Stand gesetzt ist, seinen Willen gerade bezüglich der Collation in klarer Weise zum Ausdruck und zur Geltung zu bringen.

In Ermangelung entgegengesetzter Quellenentscheidungen kann man unseres Ermessens von der im Bisherigen festgehaltenen Grundanschauung aus, welche auch die der ganzen zu-

letzt angeführten Gruppe von Schriftstellern ist, nur dazu gelangen, auch hinsichtlich der Collation die remuneratorische Schenkung ganz nach den für die gewöhnliche geltenden Regeln zu behandeln. In diesem Sinne sprechen sich auch Kritz (S. 20), E. Fein⁵⁾ und Windscheid (§ 610,¹⁶⁾ aus, Letzterer allerdings in Consequenz seiner in § 368 niedergelegten Anschauung wieder mit Ausnahme der Schenkung zur Vergeltung einer Lebensrettung. Fein bemerkt dabei sehr richtig, dass in consequenter Durchführung die von den anderen Autoren zugelassene Ausnahme die Regel völlig absorbiren würde; denn „es würde im Einzelnen gewiss nicht schwer fallen, den allermeisten Geschenken von Seiten der Eltern einen remuneratorischen Charakter abzugewinnen.“

In Festhaltung seiner eigenthümlichen Stellung zur remuneratorischen Schenkung (vgl. § 1. a. E. und § 5. a. E.) sieht sich bezüglich der gegenwärtigen Frage Wening-Ingenheim zu einer Unterscheidung veranlasst, die so recht die Sonderbarkeit seiner ganzen Auffassung illustriert; er sagt (§ 512): „Remuneratorische Schenkungen, welche man bereits erhalten hat, werden nicht zur Collation gebracht“; es will uns jedoch nicht einleuchten, wie und warum ein Unterschied gemacht werden soll, je nachdem es sich um ein bereits hinggegebenes Geschenk oder aber um den aus einem Schenkungsversprechen zustehenden Anspruch handelt; denn in beiden Fällen ist die Möglichkeit einer Collation, resp. Anrechnung auf den Erbtheil des Conferenten gleich denkbar⁶⁾ und die Durchführung derselben gleich berechtigt.

III. Von eminenter Bedeutung endlich ist die Entscheidung über die rechtliche Natur der remuneratorischen Schenkung für die Voraussetzungen der Anfechtung einer solchen vermittelt der *actio Pauliana*. Betrachtet man dieselbe als eine

⁵⁾ das Recht der Collation, Heidelberg 1842, S. 223 u. 224.

⁶⁾ denn nach l. 24. l. 50. D. de solut. 46,¹ erlöschen beim Vorhandensein von Miterben die Obligationen durch *confusio* nur zu dem den betr. Erben treffenden Theil.

onerose Leistung, so ist zur Zulässigkeit dieser actio erforderlich, dass der Empfänger davon Kenntniss gehabt habe, dass das Vermögen des Gebers überschuldet sei, resp. werde; sieht man aber in jener einen Erwerb aus lucrativem Titel, so genügt zur Begründung des Paulianischen Rechtsmittels schon der Umstand, dass man überhaupt etwas von einem Ueber-schuldeten erhalten hat, ohne dass noch weiter der Nachweis erforderlich wäre, dass man seine Vermögenslage gekannt habe. (l. 6. § 11. l. 17. § 1. l. 25. pr. D. quae in fraud. cred. 42, s. l. 5. C. de revoc. his, quae in fraud. 7, 75). So lehren denn auch Stryk (c. 4. § 83), Rümelin (th. 96) und Frembgen (§ 11, not. f., Nr. 26), dass auch dem Empfänger einer remuneratorischen Schenkung die conscientia fraudis nachgewiesen werden müsse, während wir in Consequenz des Bisherigen uns für die andere Alternative entscheiden; in diesem letzteren Sinne hat sich auch das Appellationsgericht zu Celle am 17. April 1868 ausgesprochen. (Vergl. Seuffert's Archiv XXII, Nr. 196).

Hiebei setzen wir, wie bei allen in § 5. und den folgenden §§ besprochenen Fragen voraus, dass es sich um eine wirkliche remuneratorische Schenkung handle, wie wir dieselbe in § 4. aufgefasst haben. Sollte dagegen das Object der Beurtheilung eine lediglich in der äusseren Erscheinung einer Schenkung gemachte solutio sein, so würden auch nach unserer Ansicht, wie wir dies bereits in § 4 ausgesprochen haben, überall die für onerose Leistungen massgebenden Grundsätze Platz greifen müssen, während bei einem negotium mixtum cum donatione für einen Theil die für onerose Leistungen und für den andern Theil die für Schenkungen geltenden Regeln anzuwenden sind. Im Falle der Bestreitung der Behauptungen einer Partei über die rechtliche Natur einer solchen Zuwendung ist die Beweislast nach den allgemeinen hiefür massgebenden Grundsätzen zu regeln.

Anhang.

Die neueren Gesetzgebungen und die Praxis.

Die neueren Gesetzgebungen behandeln die remuneratorische Schenkung sehr verschieden; das bayrische Landrecht (p. III. c. 8. § 4, 8, 12, 13) steht auf dem Standpunkt der zur Zeit seiner Codification vorherrschenden Theorie und hält dieselbe für eine Leistung aus onerosem Titel¹⁾. Das preussische allgemeine Landrecht (Th. I. Tit. 11. § 1169—1177)²⁾ betrachtet sie bald als eine pflichtmässige Leistung, bald als eine Freigebigkeit; seine Bestimmungen in dieser Hinsicht sind überhaupt „unsicher und verworren“ (Koch III, S. 216), das durch dieselben normirte Institut „eine Missgestalt, ein Zwittergeschöpf“ (Gruchot, S. 159). Der code civil erwähnt die remuneratorische Schenkung gar nicht; das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (§ 940)³⁾ und das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (§ 1064)⁴⁾ unterwerfen sie ganz und gar den gewöhnlichen Schenkungsregeln, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern⁵⁾

¹⁾ Vergl. zu den alleg. Stellen auch W. X. Al. Frhr. v. Kreittmayr's Anmerkungen über den codicem Maximilianeum bavaricum civilem.

²⁾ Vergl. Koch III S. 215 fg.; Gruchot a. a. O. S. 159 fg. und F. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, Berlin 1865 u. fg., Bd. II S. 32 fg. (§ 122, IX b.).

³⁾ Vergl. Unger § 98 u. 99.

⁴⁾ Vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 199 fg.

⁵⁾ Vergl. hiez u. J. J. Lang, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, München 1861, S. 140 fg.

(Th. I. Art. 94 und 107) allen mit Ausnahmen jener bezüglich des Widerrufs; alle drei scheiden die Belohnung für gewöhnlich bezahlte Dienste und für eine Lebensrettung aus dem Gebiete der Schenkung aus.

Die Praxis der obersten deutschen Gerichtshöfe hat sich überwiegend für den lucrativen Charakter der remuneratorischen Schenkung ausgesprochen ⁶⁾; die sächsische Praxis nahm zwar fast bis in die neueste Zeit den entgegengesetzten Standpunkt ein, doch hat sie denselben seit dem Erscheinen des neuen Civilgesetzbuchs der Auffassung des letzteren entsprechend aufgegeben ⁷⁾.

⁶⁾ cf. Seuffert's Archiv I, Nr. 55; IV, Nr. 118; XXII, Nr. 196 gegen VIII, Nr. 132, 260; XIII, Nr. 26; im Sinne der hier vertretenen Anschauung besonders XVIII, Nr. 37 u. 38; XXV, Nr. 238 u. C. F. v. Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis der württembergischen Civilgerichte, Tübingen 1846, Nr. 36 (S. 87).

⁷⁾ Vergl. z. B. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle in aktenmässigen Darstellungen aus dem Gebiete der Justizpflege u. Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen (Leipzig), Jahrg. 1856, S. 469 u. 476, Jahrg. 1870 S. 430 und Jahrg. 1871 S. 74.

F. X. BEER
kgl. Hofbuchbind
MÜNCHEN
Lederergasse 2

Harburger, Heinrich

Die remuneratorische Schenkung eine civilistische Abhandlung

Nördlingen 1875

J.rom.m. 243 r

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11316623-0